

# De gevolgen van de *Appingedam*-zaak voor de ruimtelijkeordeningspraktijk in Nederland: een verkenning

Mr. dr. M.R. Botman, prof. mr. dr. J. Langer en mr. J. Zweers\*

De *Appingedam*-zaak uit 2018 van het Hof van Justitie over Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (Dienstenrichtlijn)<sup>1</sup> raakt de Nederlandse rechtspraktijk in meerdere opzichten. Deze kroniek verkent aan de hand van de actuele nationale rechtspraak de belangrijkste gevolgen van de *Appingedam*-zaak voor de ruimtelijkeordeningspraktijk in Nederland.

*HvJ EU 30 januari 2018, C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (Appingedam) en Richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376/36).*

## Inleiding

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak *Appingedam* uit 2018 is zonder meer baanbrekend te noemen. Het ging in deze zaak om een bestemmingsplanvoorschrift van de gemeente Appingedam dat niet-volumieuze detailhandel in een specifieke geografische zone buiten het historische stadscentrum verbodt. Deze zone zag op een gebied geheten het 'Woonplein'. Het bestem-

mingsplanvoorschrift in kwestie wordt ook aangeduid als een brancheringsregeling.

Voor het Hof van Justitie speelden meerdere vragen over de toepassing van de Dienstenrichtlijn op een dergelijke brancheringsregeling.<sup>2</sup> Vanuit het ruimtelijkeorderingsperspectief springen twee punten in het bijzonder in het oog. In de eerste plaats het oordeel van het Hof van Justitie dat de verkoop van goederen ('detailhandel') een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn. In de tweede plaats het oordeel dat ruimtelijke voorschriften die economische activiteiten reguleren onder het toepassingsbereik van de richtlijn vallen en derhalve aan de eisen van de richtlijn moeten voldoen.<sup>3</sup> Als gevolg hiervan valt niet alleen een (nieuwe) brede categorie van economische activiteiten onder de Dienstenrichtlijn, maar ook een veelvuldig gebruikt planologisch instrument ter regulering van activiteiten binnen gemeenten.

In deze kroniek gaan wij aan de hand van actuele nationale rechtspraak in op de (belangrijkste) rechtsontwikkelingen en gevolgen van de *Appingedam*-zaak voor de ruimtelijkeordeningspraktijk in Nederland.

\* Mr. dr. M.R. (Marleen) Botman is advocaat bij Pels Rijcken te Den Haag en verbonden aan het *Centre for Public contract law & Governance* aan de VU te Amsterdam. Prof. mr. dr. J. Langer is 'agent' (procesgemachtigde) voor de Nederlandse regering in procedures bij het Hof van Justitie en hoofd van het Hofcluster bij het ministerie van Buitenlandse Zaken. Als agent is hij betrokken geweest bij de *Appingedam*-zaak. Hij is ook als bijzonder hoogleraar Europees recht en nationale rechtsorde verbonden aan de Rijksuniversiteiten Groningen. Mr. J. (Jim) Zweers is advocaat bij Pels Rijcken te Den Haag. De auteurs hebben deze bijdrage op persoonlijke titel geschreven.

1 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PbEU 2006, L 376/36-68). Voor uitvoerige bespreking van de ins en outs van deze richtlijn: M.R. Botman, *De Dienstenrichtlijn in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

2 Voor beschouwingen over het arrest, zie o.m. J.R. van Angeren & S. Ravelli, 'Wat wordt de invloed van de zaak Appingedam op het omgevingsrecht?', *M&R* 2018/80, p. 79-82, R.J.G. Bäcker & G.J. van Midden, "Appingedam": toepassing van de Europese Dienstenrichtlijn en de gevolgen voor de omgevingsrechtelijke praktijk, *BR* 2018/61, p. 60-67, E. Steyger, 'De reikwijdte van de Dienstenrichtlijn: het arrest Amersfoort en Visser', *NtEr* 2018/5-6, p. 183-190, J. Langer, 'De Dienstenrichtlijn: zoeken naar de balans tussen de markt en ruimtelijke ordening', *TO* 2018, afl. 1, p. 1-3, M.R. Botman, 'Dienstenrichtlijn 2.0: bestemming bereikt?', *TO* 2018, afl. 1, p. 8-18 en T. Nijmeijer, 'Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan. Over een "goede ruimtelijke ordening" en de "twijfel aan de juistheid"-toets', *TO* 2018, afl. 1, p. 32-38.

3 Een van de hete hangijzers was de vraag welke betekenis moest worden gegeven aan overweging 9 van de preambule van de Dienstenrichtlijn. Op grond van deze overweging is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing op onder meer voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw die de dienstactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen.

Deze kroniek is als volgt opgebouwd. Wij gaan eerst in op enkele uitspraken over het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn. Daarna geven wij een uiteenzetting van de toets en bewijslastverdeling die de Dienstenrichtlijn met zich brengt bij de beoordeling van ruimtelijke voorschriften. Vervolgens beschrijven wij hoe de verschillende voorwaarden van de toets onder de richtlijn in de nationale rechtspraak worden toegepast. Daarna gaan wij in op de uitzonderlijke situatie dat ruimtelijke voorschriften deze toets onder de richtlijn doorstaan, maar toch niet zijn toegestaan op grond van het nationale recht. Aansluitend zoomen wij in op de situatie dat een omgevingsvergunning wordt aangevraagd om in weerwil van een ruimtelijk voorschrift alsnog een bepaalde activiteit te kunnen uitoefenen en dit voorschrift exceptief aan de Dienstenrichtlijn wordt getoetst. Tot slot wordt een doorkijk gemaakt naar de toets aan de Dienstenrichtlijn onder het nieuwe systeem van de Omgevingswet en ronden wij af met enkele slotopmerkingen.

## Het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn na *Appingedam*

### Ruime toepassing van de Dienstenrichtlijn in het omgevingsrecht

Artikel 4 lid 1 Dienstenrichtlijn definieert een ‘dienst’ als elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 57 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Vóór de zaak *Appingedam* was het vaste nationale rechtspraak dat detailhandel niet onder deze definitie viel.<sup>4</sup> Daarnaast werd de Dienstenrichtlijn niet van toepassing geacht op regels inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, omdat deze voorschriften waren ingegeven door ruimtelijke motieven en derhalve niet specifiek golden voor of van invloed waren op dienstverrichters.<sup>5</sup>

Na de *Appingedam*-zaak diende deze terughoudende lijn in de rechtspraak op beide punten te worden losgelaten.<sup>6</sup> De Dienstenrichtlijn is inmiddels veelvuldig ingeroepen en toegepast ten aanzien van ruimtelijke voorschriften die zien op, onder meer, de vestiging van supermarkten, volumineuze detailhandel, doe-het-zelf-zaken, tuincentra, sportwinkels, fietswinkels en fitnesscentra.<sup>7</sup> Horeca-activiteiten zijn naar het oordeel

van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) ook aan te merken als een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn,<sup>8</sup> met als gevolg dat bestemmingsplanvoorschriften voor coffeeshops onder het bereik van de richtlijn vallen.<sup>9</sup>

In het overgrote deel van de nationale uitspraken gaat het om bestemmingsplanregels die de vestiging van dienstverrichters verbieden of beperken. Te denken valt aan het niet toestaan van (een bepaald soort) detailhandel op bepaalde gronden of locaties in een gemeente of een maximaal vloeroppervlakte.<sup>10</sup> Een ander deel van de uitspraken ziet op weigeringen van aangevraagde omgevingsvergunningen voor handelen in strijd met het vigerende bestemmingsplan.<sup>11</sup> Deze rechtspraak laat volgens ons zien dat het juridisch kader voor ruimtelijke voorschriften na de *Appingedam*-zaak voor een belangrijk deel door de Dienstenrichtlijn wordt beheerst.

### Ruime toepassing van de Dienstenrichtlijn buiten het omgevingsrecht

Ook buiten het ruimtelijkeordeningsrecht is het ruime toepassingsbereik van de richtlijn goed zichtbaar. Zo zag het College van beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in de *Appingedam*-zaak aanleiding ontheffingen op grond van de gemeentelijke winkeltijdenverordening en de Winkeltijdenwet te beoordelen in het licht van de Dienstenrichtlijn.<sup>12</sup> Voorheen oordeelde het CBB dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing was op een wettelijke regeling van winkelopeningstijden.<sup>13</sup> De redenering van het CBB was kort gezegd dat bij detailhandel de dienstcomponent ondergeschikt is aan de verkoop van goederen zelf en daarmee het toetsingskader het vrij verkeer van goederen was. Aangezien de winkeltijdenwetgeving was aan te merken als een verkoopmodaliteit in de zin van *Keck en Mithouard*-rechtspraak, behoeft in lijn met die rechtspraak van het Hof van Justitie niet getoetst te worden aan het vrij verkeer van goederen. In het licht van de *Appingedam*-zaak liet het CBB voorgaande lijn los: bij detailhandel is sprake van een dienst en daarom dient de winkeltijdenwetgeving beoordeeld te worden onder de Dienstenrichtlijn. Een ander voorbeeld is de toepassing van de Dienstenrichtlijn op de verlening van standplaatsvergunningen, ook als het daarbij gaat om de verkoop van goederen.<sup>14</sup> Illustratief is voorts de recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam in de zaak die Amsterdamse reders van

4 Zie bijvoorbeeld ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286.

5 Zie ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1561.

6 Zie hierover onder meer M.R. Botman & D.S.P. Roelands-Fransen, ‘De uitwerking van de Dienstenrichtlijn in het Nederlandse stelsel van ruimtelijke ordening’, *TO* 2019, afl. 2, p. 34-42 en S.A. de Graaff, *De Dienstenrichtlijn en ruimtelijke plannen. Verboden eisen in planologie en vergunningstelsels*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2020.

7 Zie onder meer ABRvS 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:77, ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1474 en ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471.

8 Zie ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2228.

9 Zie ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4258 en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:326. Opvallend is dat in laatstgenoemde zaak horeca als een vorm van detailhandel in goederen wordt aangemerkt en daarom onder de Dienstenrichtlijn valt, terwijl het aanbieden van horecadiensten naar onze mening als zodanig is aan te merken als dienstverlening.

10 Zie onder meer Rb. Noord-Nederland 30 oktober 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:3726 en Rb. Amsterdam 23 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:7494.

11 Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2086.

12 Zie CBB 26 januari 2021, ECLI:NL:CBB:2021:59.

13 Zie CBB 11 november 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU5338.

14 Zie Rb. Gelderland 11 februari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:808, Rb. Noord-Holland 12 november 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11317 en ABRvS 11 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1588.

rondvaartboten en kleinere (onbemande) vaartuigen hadden aangespannen tegen het nieuwe gemeentelijke vergunningstelsel over hun bootexploitatie. Onder dit nieuwe beleid wordt een afgegeven exploitatievergunning voor passagiersvaart van onbepaalde omgezet naar bepaalde tijd. De rechtbank beoordeelde dit gewijzigde beleid onder meer onder de Dienstenrichtlijn.<sup>15</sup>

Tot slot werd de richtlijn werd zelfs van toepassing geacht op privaatrechtelijke overeenkomsten. Zo oordeelde de rechtbank Den Haag dat het beleid van de Staat tot categorische weigering van privaatrechtelijke toestemming voor aanvullende voorzieningen bij energielaadpunten strijdig is met de Dienstenrichtlijn.<sup>16</sup>

### Grenzen aan het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn

Toch is de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn niet onbeperkt. Als een voorschrift ziet op de productie van een goed, vindt de richtlijn geen toepassing. Zo oordeelde de Afdeling dat de productie van gevogelte met het oog op verkoop aan consumenten of aan slachterijen niet kwalificeert als een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn.<sup>17</sup> De bestemmingsregeling met betrekking tot de exploitatie van een intensieve veehouderij hoefde dan ook niet aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst. Verder vallen eisen die niet specifiek een dienstenactiviteit regelen, maar juist een generiek karakter hebben, buiten het toepassingsbereik van de Dienstenrichtlijn. Zo is de Dienstenrichtlijn niet van toepassing op een planvoorschrift dat bepaalt wat is toegestaan op de gronden met de bestemming 'verkeer'. Dit planvoorschrift heeft immers niet specifiek als doel om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde dienstenactiviteiten zich kunnen vestigen, maar geldt ook voor personen die handelen als particulier.<sup>18</sup> Ditzelfde geldt voor de maatvoeringsregeling in een bestemmingsplan voor recreatiewoningen op de gronden met de bestemming 'wonen'. Het gaat hier om een algemeen geformuleerde bouwregel, die naar zijn aard op dezelfde wijze geldt voor personen die een dienstenactiviteit verrichten (in casu het verhuren van recreatiewoningen), als voor natuurlijke personen die als particulier handelen. Er is daarom geen sprake van een regeling die de toegang tot een activiteit in verband met diensten specifiek regelt of daarop specifiek van invloed is.

De rechtspraak laat zien dat van geval tot geval dient te worden beoordeeld of een voorschrift specifiek een dienstenactiviteit regelt, of dat het gaat om een voorschrift dat zonder onderscheid van toepassing is op dienstverrichters en particulieren met als gevolg dat dit voorschrift buiten het toepassingsbereik van de Dien-

stenrichtlijn valt.<sup>19</sup> De uitkomst dat een ruimtelijk voorschrift buiten de richtlijn valt, is echter eerder uitzondering dan regel.

## Het toepasselijk kader in het kort

De Dienstenrichtlijn heeft tot doel ongerechtvaardigde belemmeringen voor tijdelijke dienstverlening en vestiging van dienstverrichters op te heffen. Hoofdstuk III van de richtlijn bepaalt onder welke voorwaarden eisen aan de vestiging van dienstverrichters zijn toegestaan. In dit verband zijn in het bijzonder de artikelen 14 en 15 van de richtlijn relevant.

### Artikel 14 Dienstenrichtlijn: verboden eisen

Artikel 14 bevat de zogeheten 'zwarte lijst' met verboden eisen, waaronder het gebruik van economische motieven ter regulering van activiteiten.<sup>20</sup> Vestiging mag bijvoorbeeld niet afhankelijk worden gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat voor de betreffende dienst. Ook in het nationale ruimtelijkeordeningsrecht vormt dit het uitgangspunt; bij de vormgeving van ruimtelijke instrumenten is een 'goede ruimtelijke ordening' leidend. Een regel die berust op het motief om concurrentieverhoudingen te beschermen strekt niet ter bescherming van het belang van een goede ruimtelijke ordening en is derhalve niet toegestaan.<sup>21</sup> Het nationale recht waarborgt daarmee reeds dat economische motieven niet ten grondslag kunnen liggen aan ruimtelijke voorschriften. Bij ons weten is een beroep op strijd met artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn ook nog niet gehonoreerd.<sup>22</sup>

### Artikel 15 Dienstenrichtlijn: verdachte eisen

Dat is anders als het gaat om artikel 15 van de richtlijn. Artikel 15 bevat in lid 2 een lijst van de zogeheten 'verdachte eisen' die aan een nadere evaluatie moeten worden onderworpen om te beoordelen of zij verenigbaar zijn met de richtlijn. Artikel 15 lid 2 onder a van de richtlijn noemt in de eerste plaats kwantitatieve of territoriale beperkingen als verdachte eisen. Hieronder vallen onder meer voorschriften die de locatie en omvang van of het (maximum)aantal aanbieders in een gemeente beperken.<sup>23</sup> De *Appingedam*-zaak heeft geleerd dat dergelijke brancheringsregelingen zijn aan te merken als kwantitatieve of territoriale beperkingen en derhalve moeten voldoen aan de voorwaarden van arti-

15 Zie Rb. Amsterdam 22 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:563.

16 Zie Rb. Den Haag 14 april 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:3894; zie ook Rb. Den Haag 7 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:10947 (aanbestedingsrecht).

17 Zie ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2221, met toepassing van HvJ 11 juli 1985, gevoegde zaken C-60/84 en C-61/84, ECLI:EU:C:1985:329 (*Cinéthèque e.a.*).

18 Zie ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2648, met name r.o. 5.6.

19 Waarmee wordt bedoeld particulieren die geen dienstenactiviteiten verrichten. Zie hierover M.R. Botman, 'De gevolgen van het arrest Cali Apartments voor de Nederlandse rechtspraak', *NtER* 2021/5-6.

20 Art. 14 lid 5 Dienstenrichtlijn. In art. 1.1.2 Besluit ruimtelijke ordening is opgenomen dat moet worden voorkomen dat strijdigheid met art. 14 lid 4 ontstaat.

21 Bijvoorbeeld ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2345.

22 Een typisch voorbeeld waarin een beroep op art. 14 lid 5 Dienstenrichtlijn niet slaagt: zie ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2086.

23 Bijvoorbeeld ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2190.

kel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn.<sup>24</sup> De maatregel moet: (1) non-discriminatoir zijn, (2) gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang ('noodzakelijkheidsvereiste') en voldoen aan het 'evenredigheidsvereiste', inhoudende dat (3) de maatregel geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en (4) niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel niet met een andere, minder beperkende, maatregel kan worden bereikt. Voor de dagelijkse praktijk en deze bijdrage is met name deze toetsing onder artikel 15 van belang.<sup>25</sup> In de *Appingedam*-uitspraak liet het Hof van Justitie onbesproken hoe de nationale rechter kan beoordelen of aan het evenredigheidsvereiste wordt voldaan. Inmiddels heeft de Afdeling een duidelijk toetsingskader ontwikkeld dat concrete handvatten biedt voor de praktijk.<sup>26</sup>

### Bewijslast: wie moet wat bewijzen?

Voordat wij op voornoemde voorwaarden nader ingaan, verdient de bewijslast in het kader van de rechtvaardiging van ruimtelijke voorschriften bijzondere aandacht. Het ligt in de eerste plaats op de weg van degene die zich beroept op de Dienstenrichtlijn, om te beargumenteren dat sprake is van een eis die een beperking oplevert.<sup>27</sup> Het is vervolgens aan het bevoegd gezag om aan de hand van een analyse met specifieke gegevens te onderbouwen dat een maatregel voldoet aan de eisen van artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. De rechter moet aan de hand van een dergelijke analyse kunnen beoordelen of de gemeente redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat een regeling aan het evenredigheidsvereiste voldoet. Het is dus niet voldoende dat de gemeente zich alleen op algemene ervaringsregels beroept.

De eerste piketpaal voor deze bewijslastverdeling is geslagen in de tussenuitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018 over de zaak *Appingedam*, welke uitspraak is gewezen nadat het Hof van Justitie de vragen van de Afdeling over het toepassingsbereik van de richtlijn had beantwoord.<sup>28</sup> De Afdeling oordeelde dat de gemeente beter moest onderbouwen waarom het gerechtvaardigd was om door middel van de brancheringsregeling niet-volumineuze detailhandel van het Woonplein te weren. Weliswaar was aangetoond dat het bestemmingsplanvoorschrift noodzakelijk was, maar niet goed genoeg was onderbouwd dat het toestaan van reguliere detailhandel op het Woonplein ervoor zou zorgen dat het centrumgebied minder aantrekkelijk en leefbaar werd. Dit moest worden onderbouwd 'aan de hand van een analyse met specifieke gegevens', aldus de Afde-

ling.<sup>29</sup> De afgelopen jaren is in de rechtspraak van de Afdeling verder uitgewerkt hoe zwaar de bewijslast precies is.

## De voorwaarden van artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn

Hierna bespreken wij de verschillende voorwaarden voor toetsing onder artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn.

### Discriminatieverbod

Het discriminatieverbod houdt in dat eisen geen direct of indirect onderscheid mogen maken naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel. In de nationale rechtspraak noch praktijk leidt deze voorwaarde tot discussie. Over de overige voorwaarden is echter veelvuldig geprocedeerd zoals uit onderstaand niet-uitputtend overzicht blijkt.

### Noodzakelijkheid: dwingende reden van algemeen belang

Bij de noodzakelijkheidstoets gaat het om de vraag of het doel dat ter rechtvaardiging van de planregeling wordt ingeroepen een dwingende reden van algemeen belang vormt in de zin van artikel 4 onder 8 Dienstenrichtlijn. Dit artikel noemt verschillende voorbeelden, zoals openbare orde, volksgezondheid en bescherming van het milieu en het stedelijk milieu. In lijn met dat laatste voorbeeld heeft het Hof van Justitie in de *Appingedam*-zaak ook een dwingende reden voor het in die zaak aan de orde zijnde ruimtelijke voorschrift aangenomen. Het verbod op vestiging van niet-volumineuze detailhandel op het Woonplein strekte tot behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum van Appingedam en tot het voorkomen van leegstand in het binnenstedelijk gebied, in het belang van een goede ruimtelijke ordening. Een dergelijk doel van bescherming van het stedelijk milieu vormt een dwingende reden van algemeen belang, aldus het Hof van Justitie.

Tegen deze achtergrond neemt de Afdeling snel aan dat het streven naar het behoud van leefbaarheid, het compacter maken van het kernwinkelgebied, het verbeteren van de gehele winkelstructuur en het tegengaan van leegstand, noodzakelijk is ter bescherming van het stedelijk milieu.<sup>30</sup> Ook andere belangen worden ruimhartig in de rechtspraak geaccepteerd. Zo oordeelde de Afdeling over de Horecaverordening van Den Bosch dat het vereiste dat een horecaexploitant niet in enig opzicht van slecht levensgedrag mag zijn, ertoe strekt het belang van de veiligheid, de openbare orde en het woon- en

24 Zie ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062.

25 Art. 15 Dienstenrichtlijn is niet omgezet in nationaal recht. Het artikel legt echter een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting op aan de lidstaten. Dat betekent dat de rechter ruimtelijke voorschriften rechtstreeks aan die voorwaarden kan toetsen, voor zover dat nodig is in het licht van wat in beroep is aangevoerd (zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:326).

26 Zie ABRvS 12 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:77, ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2086 en ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:461.

27 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:326.

28 Zie ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062.

29 Zie ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, r.o. 13.4.

30 Zie ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2190, ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1474, ABRvS 26 mei 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1100 en ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062. Opvallende uitzondering hierop is ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173, waarin de Afdeling zeer uitvoering ingaat op de noodzakelijkheid van de door de gemeente Amsterdam ingeroepen redenen voor het ruimtelijke voorschrift.

leefklimaat in de omgeving van het horecabedrijf te waarborgen en derhalve kwalificeert als een dwingende reden van algemeen belang.<sup>31</sup> Ook bij ruimtelijke voorschriften ter borging van de verkeersveiligheid wordt snel aangenomen dat sprake is van een dwingende reden van algemeen belang.<sup>32</sup>

In de praktijk wordt dus doorgaans aan het noodzakelijkheidsvereiste voldaan. De Afdeling heeft daarbij een aantal keer benadrukt dat deze noodzakelijkheidsvereiste niet ziet op de vraag of de beoogde doelen ook daadwerkelijk worden gediend door het betreffende voorschrift. Conform het toepasselijke kader van artikel 15 van de richtlijn valt dat namelijk onder de geschiktheid van de regeling.<sup>33</sup>

### Evenredigheidsvereiste I: geschiktheid om nagestreefde doel te bereiken

Het bestemmingsplanvoorschrift moet geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken. Daarbij moet aan twee voorwaarden worden voldaan: (1) het ingeroepen doel dient op coherente en systematische wijze te worden nagestreefd ('consistentievereiste') en (2) het voorschrift dient dit doel effectief te bereiken ('effectiviteitsvereiste').<sup>34</sup>

#### • Consistentievereiste

Een voorbeeld waarin het consistentievereiste wordt toegepast, is de uitspraak van de Afdeling van 27 maart 2019 betreffende de Verordening ruimte 2013 van de provincie Zuid-Holland (hierna: Verordening).<sup>35</sup> Op grond van deze Verordening was slechts de verkoop van bepaalde limitatief opgesomde goederen buiten de bestaande winkelconcentraties toegestaan. Het college van Gedeputeerde Staten had niet inzichtelijk gemaakt waarom precies deze goederen waren uitgezonderd. De Verordening stond de verkoop van bijvoorbeeld surfplanken en piano's in de periferie toe, waaruit de Afdeling de conclusie trekt dat kajaks en orgels in bestaande centra moeten worden aangeboden. Het was echter niet inzichtelijk dat de verkoop van laatstgenoemde goederen een wezenlijk ander effect op de stadscentra zou hebben dan de verkoop van de eerstgenoemde goederen. Kortom: het aan de orde zijnde ruimtelijk voorschrift miste consistentie en moest integraal buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met de Dienstenrichtlijn.

In een andere zaak betreffende de pogingen van de gemeente Amsterdam om toeristenwinkels te reguleren werd wél aan het consistentievereiste voldaan.<sup>36</sup> De gemeente Amsterdam had een verbod ingesteld om in de binnenstad het gebruik van gronden of bouwwerken

te wijzigen naar vormen van detailhandel die zich richten op dagjesmensen of toeristen. Als gevolg hiervan kon de *Amsterdam Cheese Company* in het door haar beoogde pand aan het Damrak geen kaaswinkel meer exploiteren. De Afdeling kwalificeerde dit verbod als een territoriale beperking en daarmee als eis in de zin van artikel 15 lid 2 Dienstenrichtlijn. Volgens het Amsterdamse college volgde het verbod op een reeks maatregelen die was genomen om de toename van het toerisme in Amsterdam in goede banen te leiden. Uit verschillende onderzoeken en notities die de gemeente had ingebracht in de procedure bleek ook dat het gebruikswijzigingsverbod geschikt is voor het bereiken van deze doelstelling. In dat licht achtte de Afdeling de verwachting gerechtvaardigd dat het verbieden van winkels met een eenzijdig assortiment zal leiden tot meer winkelruimte voor de bewoners en de gebruikers van het gebied op grond van eerdere ervaringen in de Amsterdamse binnenstad. Omdat ook aan de overige voorwaarden van artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn was voldaan, bleef het verbod in stand.<sup>37</sup>

#### • Effectiviteitsvereiste

Wat betreft het effectiviteitsvereiste proberen gemeenten doorgaans aan de hand van actuele gegevens aan te tonen dat het doel effectief wordt bereikt door de betreffende regel. Het probleem daarbij is dat het ruimtelijk voorschrift dat onderwerp van discussie is, vaak onderdeel is van een breder pakket aan maatregelen dat uiteindelijk het beoogde doel, zoals een gunstig leefklimaat en het voorkomen van leegstand, moet bereiken. Als een beperking onderdeel is van een pakket maatregelen, dan hoeft een gemeente niet door middel van een analyse met specifieke gegevens aannemelijk te maken dat de maatregel *op zichzelf* tot het bereiken van de daarmee beoogde doelen leidt. Wel moet aannemelijk worden gemaakt dat de betreffende maatregel een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de daarmee nagestreefde doelen.<sup>38</sup> Een beperking kan en mag dus onderdeel zijn van een breder pakket aan maatregelen.<sup>39</sup> Anders gezegd: de analyse met specifieke gegevens mag zich richten op de bijdrage die de beperking levert aan het bereiken van de doelen die worden nagestreefd met het pakket aan ruimtelijke voorschriften. Belangrijk daarbij is wél dat het niet voldoende is dat de beperking aan de doelen kán bijdragen. Aannemelijk moet worden dat de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de nagestreefde doelen, dat wil zeggen dat er een voldoende verband moet zijn tussen het onderdeel en het hele pakket, aldus de Afdeling.<sup>40</sup>

31 Zie ABRvS 23 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:3082 en ABRvS 17 april 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1262.

32 Zie ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:360.

33 Bijvoorbeeld ABRvS19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196 en ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2086.

34 Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over dit vereiste: J. Langer & W. Sauter, 'Het Coherentievereiste in het Unierecht', *SEW* 2018/55, p. 138-148.

35 Zie ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964 en ECLI:NL:RVS:2019:965.

36 Zie ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173.

37 Zie uitgebreider over deze uitspraak tevens L.W. Feenstra & J.J. Turenhout, 'Planologisch paal en perk stellen aan toeristenwinkels in Amsterdam. Een artikelnoot bij de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 15 april 2020 (ECLI:NL:RVS:2020:1075)', *Gst* 2020/94, p. 93-103.

38 Zie ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195.

39 Voor een kritische uiteenzetting: zie G.H.J. Heutink, 'Detailhandel & Dienstenrichtlijn – de pakketbenadering: toverwoord of hellend vlak', *TO* 2020, afl. 4, p. 80-88.

40 Zie ABRvS 4 november 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2651 en ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:972.

Dit doet de vraag rijzen uit welke gegevens kan worden afgeleid of de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de met het pakket nagestreefde doelen. Dit kan, aldus de Afdeling, niet in zijn algemeenheid worden omschreven. Bij brancheringsregelingen kunnen onder meer van belang zijn: de aard van de uitgesloten goederen, waarbij ook de (on)mogelijkheid om deze in de centra te verkopen een rol kan spelen, de absolute omvang van (het effect van) de beperkingen aan het winkelvloeroppervlak, de omvang van (het effect van) de beperkingen in verhouding tot (het effect van) het totale pakket aan maatregelen, en de mate waarin kan worden verwacht dat vergelijkbare beperkingen voor anderen ook zullen worden losgelaten.<sup>41</sup> Gemeenten hebben op dit punt dus veel vrijheid.

Ter onderbouwing van de effectiviteit van de geschiktheid van een maatregel kan een gemeente gebruikmaken van onderzoeksgegevens en analyses die niet specifiek betrekking hebben op het betreffende gebied. Het kan bijvoorbeeld gaan om (algemene) analyses die zien op de effectiviteit van brancheringsregelingen in krimpregio's. Belangrijke voorwaarde daarbij is wel dat er een vertaalslag wordt gemaakt in relatie tot de desbetreffende gemeente. Gemeenten kunnen in dit verband twee opeenvolgende stappen zetten: (1) gemeenten kunnen de resultaten van onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau of gegevens ontleend aan koopstromenonderzoek in ogenschouw nemen, en (2) zij kunnen een vertaalslag maken en beoordelen in hoeverre deze onderzoeken toepasbaar zijn op de specifieke situaties in hun gemeente.<sup>42</sup> In de tussenuitspraak in de *Appingedam-zaak* ontbrak stap 1, zodat aan de vertaalslag naar Appingedam onder stap 2 niet werd toegekomen. In een tweetal andere zaken oordeelde de Afdeling in een tussenuitspraak dat weliswaar was voldaan aan stap 1, maar ontbrak de toepasbaarheid van de in stap 1 gehanteerde algemene gegevens op de specifieke situatie in de betrokken gemeente (stap 2).<sup>43</sup>

Als niet voldaan is aan (een van) voornoemde stappen, dan betekent dat echter niet dat de betreffende regeling niet gerechtvaardigd is. De Afdeling gaf in voornoemde zaken via de bestuurlijke lus de gemeente alsnog de gelegenheid om de onderbouwing nader te motiveren. In alle drie de gevallen kwam de Afdeling in de einduitspraak tot de conclusie dat was voldaan aan de opdracht om aan de hand van een analyse met specifieke gegevens te onderbouwen dat de betrokken brancheringsregeling voldoet aan de eisen van artikel 15 lid 3 onder c Dienstenrichtlijn.<sup>44</sup>

## Evenredigheidsvereiste II: niet verder dan nodig en geen andere minder beperkende maatregelen

Een laatste vereiste is dat een beperkende maatregel niet verder gaat dan nodig is en er geen andere, minder beperkende maatregelen beschikbaar zijn waarmee het beoogde doel kan worden bereikt. Ook dit dient te worden onderbouwd aan de hand van een analyse met specifieke gegevens.

Illustratief voor de beoordeling van dit tweede aspect van het evenredigheidsvereiste is de eerdergenoemde uitspraak van de Afdeling inzake het bestemmingsplan van de gemeente Maastricht. Hierin is vastgelegd dat uitsluitend branche-eigen detailhandel (in casu gerelateerd aan auto's) is toegestaan, maar branchevreemde detailhandel is uitgesloten.<sup>45</sup> Dit ruimtelijk voorschrift beoogt de leefbaarheid van de binnenstad van Maastricht te beschermen. Waar de gemeente in de tussenuitspraak van 19 december 2018 nog naar huis werd gestuurd voor een betere onderbouwing,<sup>46</sup> laat de uitspraak van 1 april 2020 zien dat als gemeenten een op doordachte wijze, met gegevens onderbouwd verhaal hebben, voldaan wordt aan het vereiste.<sup>47</sup> Zo legt de gemeente Maastricht uit dat het bestemmingsplanvoorschrift onderdeel is van een breder pakket van feitelijke, civielrechtelijke en publiekrechtelijke interventies. Verschillende feitelijke maatregelen gericht op het versterken van het centrum waren al getroffen, zoals de uitbreiding van de binnenstad met een park, het verbeteren van de bereikbaarheid van de binnenstad en het toepassen van centrummanagement. Daarnaast werden ook andere juridische instrumenten dan branchering ingezet om het beoogde doel te bereiken. Tevens bleek uit de door de gemeente overgelegde rapportages ook dat dit bredere pakket maatregelen niet voldoende was om de beoogde doelen te bereiken. Ook was de verwachting dat als het desbetreffende bestemmingsplanvoorschrift zou worden losgelaten en branchevreemde detailhandel zou worden toegestaan dit merkbare invloed op het stadscentrum zou hebben. Tegen deze achtergrond oordeelde de Afdeling dat de gemeente zich in redelijkheid op het standpunt kan stellen dat een minder vergaande vorm van branchering ook niet toereikend zou zijn ter bereiking van het beoogde doel en dat het voorschrift niet verder gaat dan nodig is.<sup>48</sup>

Ook de gemeente Appingedam heeft na de tussenuitspraak deskundigen onderzoek laten doen naar de gevolgen van het verbieden van reguliere detailhandel op het Woonplein en een substantiële (nadere) onderbouwing gegeven.<sup>49</sup> Hiermee had de gemeente alsnog aannemelijk gemaakt dat de brancheringsregels in het bestemmingsplan geschikt zijn voor de situatie in Appingedam, en niet verder gaan dan noodzakelijk is om te voorkomen dat het stadscentrum minder leefbaar wordt door toenemende leegstand. Indien meer ruimte

41 Zie ABRvS 1 april 2020, ECLI:RVS:2020:973.

42 ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

43 Zie onder meer ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 (tussenuitspraak Maastricht) en ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196 (tussenuitspraak Schijndel).

44 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:973 (einduitspraak Maastricht) en ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:972 (einduitspraak Schijndel).

45 Zie ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:973.

46 Zie ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195.

47 ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:973 (einduitspraak Maastricht).

48 Zie in vergelijkbare zin ABRvS 15 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2086.

49 Zie ABRvS 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569.

zou worden geboden voor reguliere detailhandel op het Woonplein, kan dat leiden tot het vertrek van publiekstrekkers in het centrum, waardoor de leefbaarheid en de vitaliteit van het centrum onder druk zouden komen. Uiteindelijk zijn de brancheringsregels van de gemeenteraad van Appingedam om reguliere detailhandel op het Woonplein te voorkomen aanvaardbaar, aldus de Afdeling.

### Tussenconclusie

De rechtspraak maakt duidelijk dat de Afdeling kritisch toetst of een ruimtelijk voorschrift dat een beperking vormt van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters kan worden gerechtvaardigd. Overheden doen er verstandig aan om reeds bij de vaststelling van een voorschrift analyses te laten opstellen en in de plantoelichting of het vaststellingsbesluit op te nemen waarom de eis in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn. Het ontbreken van deze motivering betekent niet noodzakelijkerwijs dat het voorschrift in strijd is met de Dienstenrichtlijn. De afgelopen jaren heeft de Afdeling een aantal keer gemeenten via de bestuurlijke lus de gelegenheid gegeven alsnog deze gegevens op te laten stellen en een onderbouwing te verstrekken. Op deze kans kan een gemeente echter niet altijd rekenen. In een uitspraak over het bestemmingsplan met betrekking tot het stationsgebied van Hilversum stelde de Afdeling vast dat noch in het vaststellingsbesluit noch in de plantoelichting was gemotiveerd dat het onderscheid tussen bepaalde dienstenactiviteiten (waardoor op een perceel geen coffeeshop meer was toegestaan) in overeenstemming was met de Dienstenrichtlijn. De motivering die de gemeente in het verweerschrift en tijdens de zitting had gegeven, kon dit gebrek niet helen. Het vaststellingsbesluit was daarmee ontoereikend gemotiveerd en in strijd met artikel 3:46 Algemene wet bestuursrecht (Awb), met als gevolg dat het besluit voor vernietiging in aanmerking kwam.<sup>50</sup>

## Evenredigheidsvereiste en belangenafweging in concrete geval

Een interessant punt is de verhouding van de evenredigheidstoets in het kader van artikel 15 Dienstenrichtlijn ten opzichte van artikel 3:4 lid 2 Awb en het vereiste van evenwichtigheid, oftewel de afweging van de aan individuele rechten veroorzaakte schade en de daartegenoverstaande voordelen in het algemeen belang. In onze ogen zijn deze toetsen verschillend. Zo oordeelde de Afdeling in de Amsterdamse zaak inzake toeristenwinkelbeperkingen dat de conclusie dat het gebruikswijzigingsverbod een gerechtvaardigde beperking in de zin van artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn was, onverlet liet dat dit

verbod in een concrete situatie onevenredig kan zijn in verhouding tot de daarmee te dienen doelen als bedoeld in artikel 3:4 lid 2 Awb. De Afdeling oordeelde dat de gemeente het verbod in dit specifieke geval niet in redelijkheid ten grondslag had kunnen leggen aan de opgelegde last onder bestuursdwang. De beoordeling in het kader van artikel 3:4 lid 2 Awb lijkt dus ruimer dan de toets in het licht van artikel 15 Dienstenrichtlijn.

Wij vragen ons af of voorgaande uitkomst ook in de toekomst mogelijk blijft in het licht van de belangrijke uitspraak van 2 februari 2022 van de Afdeling over toetsing van de evenredigheid van besluiten in het bestuursrecht.<sup>51</sup> Europeesrechtelijk geïnspireerd pleitten staatsraden advocaat-generaal Wattel en Widdershoven in hun conclusie in deze zaak ervoor om artikel 3:4 Awb toe te passen conform 'de in het Unierecht en bij beperking van EVRM-rechten gebruikte driestaps-doel/middel-toetsing op (i) geschiktheid, (ii) noodzakelijkheid en (iii) evenredigheid stricto sensu'.<sup>52</sup> In navolging hiervan oordeelt ook de Afdeling in de uitspraak van 2 februari 2022 dat de bestuursrechter voortaan moet kijken naar (1) of het besluit geschikt is om het doel te bereiken, (2) of het een noodzakelijke maatregel is of dat met een minder vergaande maatregel kon worden volstaan en (3) of de maatregel in het concrete geval evenwichtig is. Vanwege de convergentie met Unierecht vragen wij ons af hoeveel ruimte er dan nog is om onder de nationale toets te oordelen dat een ruimtelijk voorschrift niet voldoet aan artikel 3:4 lid 2 Awb.

## Exceptieve toetsing van ruimtelijk voorschrift aan de Dienstenrichtlijn

Het komt vaak voor dat partijen een omgevingsvergunning aanvragen om in weerwil van een ruimtelijk voorschrift in een bestemmingsplan alsnog een bepaalde activiteit te kunnen uitoefenen. Zonder een dergelijke omgevingsvergunning is het immers niet toegestaan de activiteiten in strijd met een bestemmingsplan uit te oefenen. Wanneer de aangevraagde omgevingsvergunning wordt geweigerd, wordt daartegen vaak geageerd met het standpunt dat het achterliggende bestemmingsplan waarop de weigering gestoeld is, in strijd is met de Dienstenrichtlijn. In een dergelijke procedure is echter het uitgangspunt dat het bestemmingsplan is vastgesteld en onherroepelijk is. In dat licht komt het leerstuk van exceptieve toetsing om de hoek kijken. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling over deze exceptieve toets strekt de mogelijkheid om in een procedure omtrent de verlening van een omgevingsvergunning, de gelding van de toepasselijke bestemmingsplanregeling aan de orde te stellen, niet zover dat deze regeling aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen

50 ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:326, zie ook ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2190.

51 Zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

52 Zie conclusie 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

als de toetsingsmaatstaf die wordt gehanteerd in het kader van de beoordeling van beroepen tegen een vastgesteld bestemmingsplan.<sup>53</sup> In een procedure over een weigering van een omgevingsvergunning dient het bestemmingsplan slechts onverbindend te worden geacht of buiten toepassing te worden gelaten, indien de bestemmingsregeling evident in strijd is met de hogere regeling.

De Afdeling hanteert dus het zogeheten ‘evidentiecriterium’. In de uitspraak van 19 februari 2020 heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat dit evidentiecriterium ook moet worden toegepast als het gaat om exceptieve toetsing van ruimtelijke voorschriften aan de Dienstenrichtlijn.<sup>54</sup> Dit houdt in dat alleen indien sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn een planregel onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten. Een planregel is alleen evident in strijd met hoger recht als de rechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat zich strijd met de hogere rechtsnorm, in casu de richtlijn, voordoet. Het is daarom belangrijk dat de aanvrager van een omgevingsvergunning de stelling dat er strijd is met de Dienstenrichtlijn met voldoende argumenten en zo concreet mogelijk onderbouwt. Dat is geen sinecure, maar wél essentieel. Ontbreken deze argumenten, dan kan de rechter immers niet het evidentiecriterium toepassen.<sup>55</sup>

Van evidente strijdigheid met de Dienstenrichtlijn is (in ieder geval) sprake als iedere motivering ontbreekt. Toch heeft de afwezigheid van een motivering ook in dit geval niet altijd tot gevolg dat het betreffende voorschrift van tafel moet. Ook nu kan het gebrek aan een deugdelijke onderbouwing nog worden hersteld. Er wordt, zo heeft de Afdeling expliciet overwogen, geen evidente strijd met de richtlijn aangenomen, indien de gemeente (alsnog) hangende de procedure een onderbouwing geeft dat aan de vereisten van artikel 15 van de richtlijn is voldaan. Indien de gemeente hangende de procedure daarentegen niet alsnog een onderbouwing geeft, dan zal het bestemmingsplan buiten toepassing worden gelaten of onverbindend worden verklaard.

De onderbouwingsplicht gaat in het kader van de exceptieve toets bovendien niet zover dat een gemeente de beperking dient te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens als bedoeld in de tussenuitspraak in de *Appingedam*-zaak. Een summiere onderbouwing is voldoende.<sup>56</sup> Er geldt in het kader van de exceptieve toetsing dus een andere, lichtere, maatstaf dan de toetsingsmaatstaf die is neergelegd in de *Appingedam*-zaak.

Een illustratief voorbeeld is de uitspraak van 26 februari 2020 van de Afdeling over de weigering van de gemeente Enschede een omgevingsvergunning aan Retailplan te verlenen voor het toestaan van detailhandel waarvoor wegens de aard van de formule een groot

oppervlak nodig is.<sup>57</sup> De Afdeling toetst exceptief of de toepasselijke bestemmingsplanregeling in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Dat is niet het geval. De Afdeling oordeelt vervolgens dat er naast deze toets geen plaats meer is voor een volle toets om te beoordelen of de weigering om de omgevingsvergunning te verlenen in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Kortom, in een procedure over een omgevingsvergunning wordt exceptief getoetst of het bestemmingsplan (dat de reden is waarom het gewenste gebruik niet kan plaatsvinden) in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Dat betekent dat er geen plaats meer is voor een volle toets of het bestemmingsplan aan de voorwaarden van artikel 15 Dienstenrichtlijn voldoet. Naast deze exceptieve toets is er ook geen plaats voor een volle toets of de weigering om de omgevingsvergunning te verlenen in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Het staat de belanghebbende uiteraard vrij om een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan bij de gemeenteraad in te dienen. Bij de beoordeling van een besluit van de raad naar aanleiding van een dergelijk verzoek zal het evidentiecriterium niet worden gehanteerd, omdat dan immers geen sprake is van exceptieve toetsing. De rechter toetst in dat geval dus wel weer vol.<sup>58</sup> De vraag is echter of dat altijd een realistische mogelijkheid is. Een belanghebbende dient immers een wijziging op het bestemmingsplan aan te vragen, hetgeen in de meeste gevallen meer legeskosten met zich brengt dan bij een aanvraag om omgevingsvergunning. Daarnaast geldt voor de vaststelling van een bestemmingsplan de uitgebreide voorbereidingsprocedure met zienswijzenfase in plaats van de reguliere voorbereidingsprocedure met bezwaar en beroep die voor veel omgevingsvergunningen geldt en over het algemeen een snellere doorlooptijd kent.

## De Omgevingswet en de Dienstenrichtlijn

Op dit moment is beoogd om de Omgevingswet per 1 oktober 2022 dan wel 1 januari 2023 in werking te laten treden. Op dat moment verandert het systeem van ruimtelijke ordening in Nederland significant. Onder de Omgevingswet dient te worden voorzien in een goede fysieke leefomgeving (anders dan het begrip ‘goede ruimtelijke ordening’ dat wij nu kennen in het ruimtelijke ordeningsrecht), welk adagium een integralere aanpak van beleidsthema’s vergt. De vraag is of, en zo ja hoe, de Omgevingswet wijzigingen teweegbrengt voor de toets aan de Dienstenrichtlijn. In dit verband maken wij twee observaties.

Allereerst komt onder de Omgevingswet het primaat te liggen bij het ‘omgevingsplan’. Hierbij is de gemeenteraad primair aan zet met het stellen van kaders waarbinnen ontwikkelingen binnen hun gemeente kunnen

53 Zie de standaarduitspraak ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4266.

54 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520.

55 Zie ABRvS 19 januari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:157.

56 ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1474.

57 Zie ABRvS 26 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2020:616. Zie ook ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471.

58 Vgl. Rb. Oost-Brabant 22 februari 2022, ECLI:NL:RBOBR:2022:571.

plaatsvinden. Dit gaat, anders dan door de bestemmingsystematiek onder het huidige recht, door het toekennen van functies aan locaties. Binnen dit kader kunnen gemeenten alsnog bepaalde functies niet toestaan in hun gemeente of een vergunningenstelsel opnemen in een omgevingsplan. Ook kunnen algemene regels of een meldingsplicht worden opgenomen in een omgevingsplan. De wetgever heeft echter beoogd dat overheden door middel van het omgevingsplan meer ruimte bieden voor initiatieven en vooraf minder strikt bepalen welke activiteit op welke plek moet worden gerealiseerd. Waar ons huidige stelsel onder de Wet ruimtelijke ordening uitgaat van toelatingsplanologie, bieden de kaders onder de Omgevingswet veel meer flexibiliteit door uit te gaan van uitnodigingsplanologie.

Vanwege deze flexibeler planvorming is voorstelbaar dat dienstverlening bij omgevingsplannen in mindere mate beperkt zal worden dan bij de preciezere bestemmingsplannen die we nu kennen. Tegelijkertijd zullen gemeenten niet onbeperkt flexibel (willen) zijn en zullen zij alsnog in bepaalde mate functies (waaronder dienstverlening) beperken. Deze beperkingen onder de Omgevingswet zullen dan kwalificeren als eisen in de zin van de Dienstenrichtlijn die gerechtvaardigd moeten worden bij de vaststelling van het omgevingsplan. Wel zal gelet op de uitnodigingsplanologie – waarbij het uitgangspunt is aan de voorkant minder gedetailleerde planregels op te nemen – mogelijk meer nadruk komen te liggen op de omgevingsvergunning. Niet ondenkbaar is dat de toets aan de Dienstenrichtlijn daarom veel meer dan nu zal plaatsvinden in het kader van de concrete aanvraag om een omgevingsvergunning. Onder die omstandigheid neemt het belang van een coherent pakket aan maatregelen voor het bereiken van een bepaald doel toe. Onderbouwd zal moeten worden dat iedere afzonderlijke beperking – in de vorm van bijvoorbeeld een weigering van een omgevingsvergunning – dan bijdraagt aan het doel dat wordt vastgesteld.

Een tweede observatie is dat onder de Omgevingswet een goede ruimtelijke ordening niet langer het criterium vormt. Plannen en projecten moeten voorzien in een goede fysieke leefomgeving. Dat betekent dat zaken zoals gezondheid, klimaatadaptatie en milieubelastende activiteiten ook een rol kunnen gaan spelen in de integrale afweging over de vormgeving van het stedelijk milieu. Gezondheid en milieu kunnen op zichzelf dwingende redenen van algemeen belang vormen die branchering rechtvaardigen; wel geldt in dat geval dat de maatregel in dat licht moet worden beoordeeld. Met de verbrede reikwijdte van de Omgevingswet kunnen die keuzes vanuit andere invalshoeken worden ingestoken dan puur vanuit de goede ruimtelijke ordening.

## Slotopmerkingen

De implicaties van de *Appingedam*-zaak van het Hof van Justitie voor de ruimtelijkeordeningspraktijk in Nederland zijn significant. Niet alleen een brede(re) categorie van economische activiteiten valt nu onder de Dienstenrichtlijn, maar veel bestemmingsplanvoorschriften dienen te voldoen aan de voorwaarden die zijn opgenomen in artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Zij moeten dus noodzakelijk en geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken, althans daar een bijdrage aan te leveren. De nationale rechtspraak laat daarbij een actieve toetsingshouding bij rechters zien, maar tegelijkertijd maakt de rechtspraak ook duidelijk dat het reguleren van economische activiteiten door middel van ruimtelijke voorschriften nog altijd mogelijk is, zolang gemeenten hun voorschriften motiveren op basis van deugdelijk bewijs. De uitdaging van gemeenten is om de eisen van artikel 15 lid 3 Dienstenrichtlijn te operationaliseren in een interne werkwijze, zodat voorschriften niet via een bestuurlijke lus uiteindelijk droog blijven dan wel bij pijnlijke constatering dat het bestuur geen acht heeft geslagen op de Dienstenrichtlijn achterwege kunnen blijven.<sup>59</sup> Deze kroniek was een eerste verkenning van de belangrijkste gevolgen van de *Appingedam*-zaak. Wij zijn benieuwd hoe tegen onze bevindingen over een jaar of vijf wordt aangekeken. Interessante tijden zijn te verwachten, dunkt ons.

59 Zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:326, r.o. 20.