

# Jurisprudentie

## I. Ruimtelijk ordeningsrecht

TBR 2014/133

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 25 juni 2014, No. 201307133/1/A1, ECLI:NL:RVS:2014:2286 (Bestemmingsplanvoorschriften en Dienstenrichtlijn)**

Mr. J.H. van Kreveld, mr. J. Kramer en mr. D.J.C. van den Broek

**Bro: art. 1.1.2 en art. 3.1.2; Dienstenrichtlijn: art. 14, lid 5**

**Toepassing Dienstenrichtlijn op vestigingseisen detailhandel:**

**Met gastnoot J.C. van Oosten<sup>1</sup> (noot 1) en I.L. Haverkate<sup>2</sup> (noot 2), Red.**

### *Overwegingen*

1. Ingevolge het ter plaatse geldende bestemmingsplan 'Zonderwijk, herziening winkelcentrum Mira' (hierna: het bestemmingsplan) rust op het winkelcentrum Mira, waarvan de percelen deel uitmaken, voor zover thans van belang, de bestemming 'Centrumdoeleinden II'.

Ingevolge artikel 3.1, aanhef en onder b, van de planregels, zijn de op de plankaart als zodanig aangewezen gronden bestemd voor detailhandel.

Ingevolge artikel 3.2, onder d, voor zover thans van belang, is uitsluitend op de begane grond detailhandel toegestaan, waarbij geldt dat detailhandel in de vorm van supermarkten uitsluitend is toegestaan met een maximale verkoopvloeroppervlakte van in totaal 1500 m<sup>2</sup>.

Ingevolge artikel 2.1, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (hierna: Wabo) is het verboden zonder omgevingsvergunning een project uit te voeren, voor zover dat geheel of gedeeltelijk bestaat uit het gebruiken van gronden of bouwwerken in strijd met een bestemmingsplan, een beheersverordening, een exploitatieplan, de regels gesteld krachtens artikel 4.1, derde lid, of 4.3, derde lid, van de Wet ruimtelijke ordening of een voorbereidingsbesluit voor zover toepassing is gegeven aan artikel 3.7, vierde lid, tweede volzin, van die wet.

Ingevolge artikel 2.12, eerste lid, kan, voor zover de aanvraag betrekking heeft op een activiteit als bedoeld in artikel 2.1, eerste lid, onder c, de omgevingsvergunning slechts worden verleend:

a. indien de activiteit in strijd is met het bestemmingsplan of de beheersverordening:

1°. met toepassing van de in het bestemmingsplan of de beheersverordening opgenomen regels inzake afwijking,

2°. in de bij algemene maatregel van bestuur aangewezen gevallen, of

3°. indien de activiteit niet in strijd is met een goede ruimtelijke ordening en de motivering van het besluit een goede ruimtelijke onderbouwing bevat.

2. Het bouwplan voorziet in de vestiging van een Albert Heijn supermarkt met een verkoopvloeroppervlakte (hierna: vvo) van 1500 m<sup>2</sup> in het winkelcentrum Mira in Veldhoven. Omdat in dit winkelcentrum reeds een Aldi supermarkt met een vvo van 709 m<sup>2</sup> is gevestigd, is de aanvraag in strijd met artikel 3.2, onder d, van de planregels. Het college heeft geweigerd de gevraagde omgevingsvergunning met toepassing van artikel 2.12 van de Wabo niettemin te verlenen.

3. Appellante betoogt dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (hierna: de Dienstenrichtlijn), niet op haar activiteiten van toepassing is, omdat de detailhandel zoals zij die uitoefent, geen 'dienst' als bedoeld in artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn is. Voor de onderbouwing van haar standpunt verwijst appellante naar de overwegingen 33 en 76 van de considerans van de Dienstenrichtlijn en naar het Handboek van de Europese Commissie voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn 2007, p. 10, met name de passage: '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: (...) distributiehandel (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten)'.

De rechtbank heeft haar dan ook ten onrechte niet gevolgd in het betoog dat het bestemmingsplan onverbindend is wat betreft de daarin opgenomen bepalingen over branchering en maximale afme-

<sup>1</sup> Jan van Oosten is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

<sup>2</sup> Iskander Haverkate is advocaat bij Gijs Heutinkadvocaten in Amsterdam.

tingen voor de supermarkt. Deze planvoorschriften zijn volgens appellante in strijd met artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn en de artikelen 1.1.2 en 3.1.2, tweede lid, van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro).

3.1. Ingevolge artikel 14, aanhef, van de Dienstenrichtlijn, stellen de lidstaten de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit op hun grondgebied niet afhankelijk van de volgende eisen: (...);

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

Ingevolge artikel 1.1.2 van het Bro wordt bij het stellen van regels in een bestemmingsplan, wijzigings- of uitwerkingsplan als bedoeld in artikel 3.6, eerste lid, onder a of b, van de wet, rijksbestemmingsplan als bedoeld in artikel 10.3 van de wet of beheersverordening, bij de beslissing op een aanvraag om een omgevingsvergunning waarbij met toepassing van artikel 2.12 de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht van het bestemmingsplan of de beheersverordening wordt afgeweken, voorkomen dat strijdigheid ontstaat met artikel 14, aanhef en onder 5, van richtlijn nr. 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt (PbEU L 376). Een wijziging van de richtlijn, bedoeld in de eerste volzin, gaat voor de toepassing van die volzin gelden met ingang van de dag waarop aan de betrokken wijzigingsrichtlijn uitvoering moet zijn gegeven.

Ingevolge artikel 3.1.2, tweede lid, kan een bestemmingsplan ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening regels bevatten met betrekking tot branches van detailhandel en horeca.

3.2. De bestemmingsplanvoorschriften hebben betrekking op detailhandel in supermarkten. Het betoog van appellante komt er op neer dat gelet op het Handboek van de Commissie, met name de passage over distributiehandel, de verkoop van 'goederen en diensten' aan consumenten onder de werking van de Dienstenrichtlijn valt, zodat de verboden opgenomen in de Dienstenrichtlijn op de bestemmingsplanvoorschriften van toepassing zijn.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in haar uitspraak van 25 juli 2012 in zaak nr. 201105171/1/A2 en in haar uitspraak van 19 juni 2013, zaak nr. 201203334/1/A3 is de Dienstenrichtlijn, gelet op

artikel 2, eerste lid, en artikel 4, aanhef en onder 1 van de Dienstenrichtlijn, slechts van toepassing als het specifiek gaat om dienstverrichting, in welk verband voor de betekenis van het begrip 'dienst' wordt verwezen naar artikel 50 van het EG-verdrag (thans: artikel 57 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Daarbij wijst de Afdeling er op dat de Dienstenrichtlijn blijkens haar considerans geen betrekking heeft op de toepassing van de artikelen 28 tot en met 30 van het EG-verdrag (thans: de artikelen 34 tot en met 36 van het VWEU) over het vrije verkeer van goederen. De beperkingen die als gevolg van de bepaling over het vrij verrichten van diensten verboden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en geen eisen ten aanzien van goederen. Met betrekking tot de relatie tussen de begrippen 'dienst' en 'goed' in geval van verkoop van goederen overweegt de Afdeling, onder verwijzing naar haar uitspraak van 2 maart 2011 in zaak nr. 201003855/1/H2 het volgende. Volgens vaste rechtspraak van het Hof (bijvoorbeeld het arrest van 26 mei 2004, C-20/03, Burmanjer, punt 34; [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) wordt in het geval een nationale maatregel zowel het vrije verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverrichting beperkt, de maatregel in beginsel slechts onderzocht ten aanzien van één van deze twee vrijheden, indien blijkt dat één van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden. De Afdeling is van oordeel dat de economische activiteiten waarop de onderhavige bestemmingsplanvoorschriften betrekking hebben, geen diensten vormen in de zin van artikel 4, aanhef en onder 1, van de Dienstenrichtlijn en artikel 57 van het VWEU. Nu de onderhavige voorschriften betrekking hebben op detailhandel in supermarkten waarbij de vrijheid van diensten volledig ondergeschikt is aan het in artikel 34 van het VWEU gewaarborgde vrije verkeer van goederen, behoeft het bestreden besluit ook om die reden niet aan de Dienstenrichtlijn te worden getoetst.

Dat de Europese Commissie in het Handboek - dat, zoals zij zelf te kennen geeft, niet wettelijk bindend is - een passage heeft opgenomen die de indruk wekt dat 'distributiehandel (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten)' als dienst moet worden beschouwd, leidt, gelet op de eerder geciteerde rechtspraak en op de analyse van de Dienstenrichtlijn zelf, niet tot een ander oordeel.

Dit leidt tot de conclusie dat de onderhavige bestemmingsplanvoorschriften, voor zover zij betrekking hebben op de detailhandel in supermarkten, niet binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn vallen. Reeds daarom zijn deze voorschriften niet met de Dienstenrichtlijn in strijd.

Het betoog faalt.

4. Het voorgaande leidt eveneens tot de conclusie dat, anders dan appellante betoogt, de op 19 februari 2008 vastgestelde Detailhandelsstructuurvisie, voor zover deze betrekking heeft op detailhandel in supermarkten, evenmin onder de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn valt en reeds daarom daarmee niet in strijd is.

Anders dan appellante betoogt, is om dezelfde reden het besluit op bezwaar van 8 januari 2013 evenmin in strijd met artikel 14, aanhef en onder 5, van de Dienstenrichtlijn, en ook niet in strijd met artikel 1.1.2 van het Bro. Het besluit van 8 januari 2013 is evenmin strijdig met artikel 3.1.2 van het Bro, nu die bepaling een voorschrift met betrekking tot de inhoud van een bestemmingsplan bevat en het besluit niet de vaststelling of wijziging van een bestemmingsplan inhoudt.

5. Appellante betoogt voorts dat de rechtbank heeft miskend dat het college aan het besluit de omgevingsvergunning te weigeren, niet de Detailhandelsstructuurvisie ten grondslag heeft mogen leggen omdat deze verouderd en achterhaald is. Daarbij wijst zij erop dat om die reden de gemeenteraad het college al vóór het besluit van 8 januari 2013 opdracht heeft gegeven om de Detailhandelsstructuurvisie te actualiseren. Met die omstandigheid had het college bij het nemen van het besluit rekening moeten houden, temeer nu op 1 juli 2013 een ontwerpdetailhandelsstructuurvisie ter inzage is gelegd, waarbinnen de gevraagde omgevingsvergunning past, aldus appellante.

Zij betoogt verder dat gelet op de omstandigheid dat de Detailhandelsstructuurvisie wordt geactualiseerd, het onzorgvuldig is van het college, de rechtbank en de Afdeling, dat haar verzoeken om de besluitvorming en de uitspraken uit te stellen tot nadat de Detailhandelsstructuurvisie zal zijn geactualiseerd, niet zijn ingewilligd.

5.1. Anders dan appellante betoogt, heeft de rechtbank terecht geen aanleiding gezien voor het oordeel dat het college zich bij het nemen van het besluit niet heeft mogen baseren op de op 19 februari 2008 vastgestelde Detailhandelsstructuurvisie, zoals die gold ten tijde van het besluit van 8 januari 2013. Deze vormde destijds het vigerende beleid dat het college diende toe te passen.

Ten aanzien van het winkelcentrum Mira is in de Detailhandelsstructuurvisie van 2008 vermeld dat het winkelcentrum is verouderd en slecht onderhouden en dat de gemeenteraad heeft ingestemd met maximaal 1500 m<sup>2</sup> vvo voor supermarkten. Om de gewenste positie van het City Centrum niet te ondermijnen en om de Kromstraat te kunnen behouden als winkelgebied, is het volgens die Detailhandelsstructuurvisie gewenst het winkelcentrum Mira maximaal een functie als buurtwinkelcentrum te laten vervullen.

De rechtbank heeft terecht overwogen dat uit de Detailhandelsstructuurvisie van 2008 voldoende blijkt met welke trends rekening is gehouden en op welke wijze die trends in het te volgen beleid tot uiting moeten komen. Ook zijn de keuzes in deze Detailhandelsstructuurvisie, die gelding heeft tot 2015, voldoende onderbouwd.

Appellante heeft geen concrete feiten en omstandigheden aangevoerd die tot de conclusie kunnen leiden dat deze Detailhandelsstructuurvisie dermate is verouderd en de daarin vervatte inzichten zodanig achterhaald, dat zij bij het nemen van het besluit niet meer kon worden gehanteerd. De enkele omstandigheid dat de Detailhandelsstructuurvisie zou worden geactualiseerd, is daartoe onvoldoende. Ook de conclusies in het door appellante in het geding gebrachte rapport van 'City Works' van augustus 2012, zoals de conclusie dat de Detailhandelsstructuurvisie 2008 inconsistent en verouderd is en dat de komst van een grote supermarkt in winkelcentrum Mira geen bedreiging vormt voor het bestaan van supermarkten in andere wijken, kunnen aan de gelding van de Detailhandelsstructuurvisie van 2008 niet afdoen. Het college heeft zich op goede gronden op het standpunt kunnen stellen dat eerst na besluitvorming in de gemeenteraad over een geactualiseerde structuurvisie, aanleiding kan bestaan een ander standpunt over de toegestane grootte van supermarkten in winkelcentrum Mira in te nemen. Anders dan appellante betoogt, noopte de omstandigheid dat een nieuwe Detailhandelsstructuurvisie in voorbereiding was, het college met zijn besluit, noch de rechtbank en de Afdeling met het doen van hun uitspraken te wachten totdat die nieuwe Detailhandelsstructuurvisie tot stand zou zijn gekomen.

Het betoog faalt.

6. Het hoger beroep is ongegrond. De aangevallen uitspraak dient te worden bevestigd.

7. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding. (*Enz., enz., Red.*)

### Noot 1 (J.C. van Oosten)

1. In ruimtelijke bestuursrechtprocedures die betrekking hebben op detailhandel wordt sinds jaar en dag tussen (met name) concurrenten het argument gevoerd dat zeker, of in ieder geval dat niet is uitgesloten, dat zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau zou voordoen. Dat deze duurzame ontwrichting nooit is aangetoond staat er niet aan in de weg hier toch een betoog over op te zetten, nu de Afdeling soms kan worden bewogen te oordelen dat het rapport dat had moeten uitsluiten dat sprake zou zijn van een duurzame ontwrichting, zodanige gebreken vertoont dat het bevoegd gezag daar niet zijn besluitvorming op mocht baseren (zie hierover uitgebreider de an-

notatie van C.N.J. Kortmann en mij bij ABRvS 5 december 2012, *Gst.* 2013/14 (*Emmeoord*). Een dergelijke uitspraak leidt dan tot vertraging van de onherroepelijkheid van de besluitvorming die vaak gewenst isvooraangaand aan de opening van de concurrerende winkel, wat een juridische procedure ter zake al snel rendabel maakt. De kans dat er ooit nog duurzame ontwricting zal worden aangetoond is met de Afdelingsuitspraak van 18 september 2013 (*BR* 2013/153 m.nt. H.J. Breeman en R.J.G. Bäcker, *Gst.* 2013/127 m.nt. J.W. van Zundert en *TBR* 2013/161 m.nt. G.H.J. Heutink) verder geminimaliseerd, nu de Afdeling daarin heeft geoordeeld dat de duurzame ontwricting slechts betrekking dient te hebben op eerste levensbehoeften. Dit leidt er bijvoorbeeld toe dat deze beroepsgrond niet met succes kan worden aangevoerd in procedures rondom bouwmarkten (zie bijvoorbeeld ABRvS 11 december 2013 (No. 201210814/1/A1), maar wel rondom supermarkten (zie bijvoorbeeld ABRvS 18 juni 2014 (No. 201307778/1/R2).

2. In de Emmeloorduitspraak deed het begrip ‘ondernemersklimaat’ in aanvulling op het ‘aanvaardbaar woon- en leefklimaat’ zijn intrede. Het ondernemersklimaat zou onaanvaardbaar kunnen worden aangetast in het geval er in een winkelomgeving veel leegstand is, welke leegstand nog verder zou worden vergroot door de komst van nieuwe (grootschalige) detailhandel. Het voor de praktijk relevante van dit argument is dat de omstandigheid dat er geen sprake is van distributieplanologische ontwricting, niet hoefde te betekenen dat er geen sprake kan zijn van een onaanvaardbare aantasting van het ondernemersklimaat. Deze uitspraak leidde ertoe dat de rapporten waarmee moest worden aangetoond dat er juist wel of juist geen sprake zou zijn van distributieplanologische ontwricting, werden uitgebreid met een paragraaf die betrekking had op de vraag of het ondernemersklimaat ten gevolge van de nieuwe detailhandelsvestiging al dan niet onaanvaardbaar zou worden aangetast.

3. Vervolgens was daar per 1 oktober 2012 artikel 3.1.6 lid 2 Bro (de ladder van duurzame verstedelijking). C.N.J. Kortmann en ik gaven in onze annotatie bij de Emmeloorduitspraak al uiting aan ons vermoeden dat op deze bepaling veelvuldig een beroep zal worden gedaan. Vandaag (17 juli 2014) gaf een zoekopdracht op ‘actuele regionale behoefte’ (die op grond van de eerste trede moet worden aangetoond) al 55 resultaten op de website van de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State. De komst van artikel 3.1.6 lid 2 Bro heeft ertoe geleid dat het distributieplanologisch onderzoek niet alleen werd uitgebreid met een onderzoek naar de actuele regionale behoefte, maar ook met een verantwoording van de drie treden

van artikel 3.1.6 lid 2 Bro (niet ongebruikelijk is overigens dat het ladderonderzoek in een aparte rapportage wordt opgenomen). Daarbij valt op dat de eerste trede, de actuele regionale behoefte, de meeste aandacht krijgt. Minder vaak gaat het mis op de tweede trede, de beschrijving dat in de actuele regionale behoefte kan worden voorzien door benutting van beschikbare gronden door herstructurering, transformatie of anderszins. In ABRvS 2 juli 2014 (201308160/1/R4), is sprake van een situatie dat aan trede 1 wel, maar aan trede 2, niet wordt voldaan. Jurisprudentie over trede 3 is mij nog niet bekend. In ieder geval kan worden vastgesteld dat de ladder in de belangstelling staat (zie hierover (onder meer G.H.J. Heutink en A. Franken van Bloemendaal, ‘Art. 3.1.6 lid 2 Bro: de ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd’, het in deze uitgave van TBR opgenomen vervolgartikel van voornoemde auteurs ‘De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (Deel A). Vervolg op TBR 2013/137’ en R. van Bommel en S. van Velsen, ‘De ladder voor duurzame verstedelijking: door een te strikte uitleg kan hij averechts werken!’, *VGR* 2014-3, p. 74). Voor een algemene duiding van de ladder is van belang dat zij (slechts) een dwingende motiveringseis betreft, aan de hand waarvan het bevoegd gezag een gedegen afweging dient te maken voordat de schaarse ruimte (voorgoed) wordt ingenomen voor een bepaalde functie. Zo overweegt de Afdeling: ‘*De ladder duurzame verstedelijking is geen blauwdruk voor een optimale ruimtelijke inpassing van alle nieuwe ontwikkelingen, maar bewerkstelligt dat de wens om in een nieuwe stedelijke ontwikkeling te voorzien aan de hand van het toetsingskader van artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro nadrukkelijk in de plantoelichting wordt gemotiveerd en afgewogen met oog voor de ontwikkelingsbehoefte van een gebied en met oog voor de toekomstige ruimtebehoefte en de ontwikkeling van de omgeving waarin het gebied ligt. De stappen schrijven geen vooraf bepaald resultaat voor, omdat het optimale resultaat moet worden beoordeeld door het bevoegd gezag dat de regionale en lokale omstandigheden kent en de verantwoordelijkheid draagt voor de ruimtelijke afweging met betrekking tot die ontwikkeling.*’ (ABRvS 23 april 2014 (No. 201304503/1/R1) en Vz. ABRvS 2 juni 2014 (No. 201401648/1/R1 en 201401648/2/R1)).

4. Praktisch van belang is dat bovenstaande gronden kunnen worden gevoerd zonder gehinderd te worden door het relativiteitsvereiste (artikel 8:69a Awb). Ik heb mij welens afgevraagd (zie de annotatie van C.N.J. Kortmann en mij de *Emmeoord*-uitspraak) in hoeverre de grond distributieplanologische ontwricting, voor zover die wordt aangevoerd door concurrenten, niet zou moeten

afstuiten op het relativiteitsvereiste. Goed betoogd kan namelijk worden dat het belang van het voorkomen van duurzame ontwrichting niet strekt tot bescherming van de winkeliers, maar tot bescherming van de consument. Ik vermoed echter dat de Afdeling zich ter zake niet zal bekreunen om de relativiteitsvraag, nu zij zal (blijven) volstaan met ongegrondverklaringen van dergelijke beroepen.

5. Een vierde argument dat veelvuldig wordt gevoerd in planologische procedures over nieuwe detailhandel is dat in strijd met artikel 14 lid 5 van de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, *PbEU* 2006 L 376/36) in ruimtelijke besluiten beperkingen worden gesteld aan de vestiging van detailhandel. Voor de goede orde, dit argument wordt niet gevoerd door een concurrent die een concurrerende ontwikkeling wil tegenhouden, maar door een initiatiefnemer die geconfronteerd wordt met een planologische belemmering. Het gaat dan vaak om een bepaalde branchering of een bepaalde maximale oppervlakte aan detailhandel. Dat is ook het geval in bovenstaande uitspraak.

6. Een (franchisenemer) van Albert Heijn heeft een aanvraag voor een omgevingsvergunning ingediend voor de vestiging van een supermarkt in Veldhoven. Het vigerende bestemmingsplan kent aan de betrokkene weliswaar een detailhandelsbestemming toe, maar maximeert de verkoopvloeroppervlakte van een specifieke branche van detailhandel, namelijk een supermarkt, op 1.500 m<sup>2</sup>. Daarvan is al 709 m<sup>2</sup> verbruikt door een Aldi-supermarkt, zodat er nog 791 m<sup>2</sup> resteert. De Albert Heijn-supermarkt zou zelf een oppervlakte hebben van 1.500 m<sup>2</sup> verkoopvloeroppervlakte, zodat de maximale verkoopvloeroppervlakte met 709 m<sup>2</sup> zou worden overschreden. Uit de uitspraak is niet duidelijk of deze overschrijding is onderkend ten tijde van de aanvraag, maar dat maakt ook niet uit nu de aanvraag om omgevingsvergunning van bouwen op grond van artikel 2.10 lid 2 Wabo van rechtswege wordt aangemerkt als een aanvraag om omgevingsvergunning voor planologisch strijdig gebruik. Het College heeft geweigerd gebruik te maken van zijn bevoegdheid planologische medewerking te verlenen, omdat het bouwplan strijdig is met de gemeentelijke Detailhandelsstructuurvisie.

7. Appellant voert de volgende gronden aan: (1) het bestemmingsplan is onverbindend wat betreft de daarin opgenomen bepalingen over branchering en maximale afmetingen van de supermarkten, omdat deze in strijd zijn artikel 14 aanhef en lid 5 Dienstenrichtlijn en de artikelen 1.1.2 en 3.1.2 lid 2 Bro; (2) de Detailhandelsstructuurvisie, voor zover die betrekking heeft op detailhandel in supermarkten, is strijdig met artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn en kan daarom - zo begrijp ik - niet ten grondslag kon worden gelegd aan de weigering planologische medewerking te verlenen; en (3) de Detailhandelsstructuurvisie is verouderd en achterhaald en mocht daarom niet ten grondslag worden gelegd aan de weigering planologische medewerking te verlenen. Deze annotatie concentreert zich op argument (1) en dan met name op artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn jo artikel 1.1.2 Bro.

8. Artikel 14 aanhef en lid 5 Dienstenrichtlijn luidt: *'De lidstaten stellen de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk van de volgende eisen: (...) 5) de toepassing per geval van economische criteria, waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvaart bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van economische planning; dit verbod heeft geen betrekking op planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang.'*

9. Deze bepaling is verwerkt in artikel 1.1.2 Bro en in het - hierna nog nader te bespreken - per 1 juli 2014 in werking getreden artikel 3.1.6 lid 4 Bro.<sup>3</sup> In artikel 1.1.2 Bro staat kort gezegd dat een planologisch besluit niet strijdig mag zijn met artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn.

10. In alle planologische procedures waarin een beroep is gedaan op artikel 1.1.2 Bro jo artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn, is dit beroep afgewezen onder verwijzing naar onderdeel 9 van de considerans bij de Dienstenrichtlijn.<sup>4</sup> Daarin staat: *'Deze richtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Deze richtlijn is derhalve niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik*

3 *Stb.* 2014/213.

4 Het gaat dan om ABRvS 19 januari 2011 (No. 201003562/1/H1), ABRvS 10 augustus 2011 (No. 201000203/1/M3), ABRvS 18 april 2012 (No. 201109947/1/A1), ABRvS 2 mei 2012 (No. 201100280/1/R1), ABRvS 8 februari 2012 (No. 201102293/1/R3), ABRvS 26 september 2012 (No. 201200490/1/A1), ABRvS 26 september 2012 (No. 201202576/1/R2), ABRvS 31 oktober 2012 (No. 201202370/1/R1), ABRvS 12 december 2012 (No. 201109760/1/R3), ABRvS 27 februari 2013 (No. 201200499/1/R1), ABRvS 5 maart 2014 (No. 201302029/1/R1), ABRvS 16 april 2014 (No. 201303704/1/R4) en ABRvS 30 april 2014 (No. 201306714/1/R1).

van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, en evenmin of administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit 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.’

11. In al haar uitspraken die waarin de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn aan de orde komt in het kader van een toets aan een planologisch besluit (naar aanleiding van handhaving van een planologisch besluit dan wel naar aanleiding van de weigering van een omgevingsvergunning wegens strijdigheid met een planologisch besluit), baseert de Afdeling zich op onderdeel 9 van de considerans. De Afdeling gaat na of de betrokken planologische regeling ruimtelijk relevant is en daarmee of de betrokken voorschriften kwalificeren als voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw die de dienstenactiviteit 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. Indien het betrokken planologische besluit ruimtelijk relevant is - en daarmee naar ik aanneem in overeenstemming is met de goede ruimtelijke ordening - dan concludeert de Afdeling dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is (zie hierover ook de annotaties van A.G.A. Nijmeijer bij ABRvS 19 januari 2011, AB 2011/86 en van H.J. de Vries bij ABRvS 10 augustus 2011, TBR 2011/154). In ons artikel ‘Ontwikkelingen in het ruimtelijke ordeningsrecht 2011’, BR 2012/15, vroegen H. Doornhof en ik ons daarom af welke meerwaarde artikel 1.1.2 Bro dan heeft ten opzichte van artikel 3.1 lid 1 Wro en 2.12 Wabo, nu een planologisch besluit dat niet in overeenstemming is met de goede ruimtelijke ordening al daarom voor vernietiging in aanmerking komt.

12. In de uitspraak van 25 juni jl. komt onderdeel 9 van de considerans bij de Dienstenrichtlijn echter in het geheel niet aan de orde, vermoedelijk omdat de - niet gepubliceerde - rechtbankuitspraak waartegen het hoger beroep zich richt, geen overwegingen ter zake bevatte. De rechtbank heeft echter wel overwogen dat de detailhandel zoals de supermarktketen die verricht, geen ‘dienst’ is in de zin van artikel 4 aanhef en onder 1 van de Dienstenrichtlijn.

13. Appellante denkt daar anders over en verwijst onder meer naar overweging 33 van de considerans van de Dienstenrichtlijn en naar het ‘Hand-

boek van de Europese Commissie voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn 2007’, p. 10.

14. Onderdeel 33 van de considerans bij de Dienstenrichtlijn luidt: ‘De diensten waarop deze richtlijn betrekking heeft, betreffen zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten, waaronder zakelijke diensten, zoals de diensten van management-consultants, certificering en tests, faciliteitenbeheer, waaronder het onderhoud van kantoren, reclamediensten, de werving van personeel en diensten van handelsagenten. Het gaat bij deze diensten ook om diensten die zowel aan bedrijven als aan particulieren worden verleend, zoals juridische bijstand, diensten in de vastgoedsector, zoals makelaarsdiensten, of de bouwsector, met inbegrip van de diensten van architecten, distributiehandel, de organisatie van beurzen, autoverhuur en reisbureaus. Voorts vallen hieronder consumentendiensten, bijvoorbeeld op het gebied van toerisme, zoals reisleiders, vrijetijdsdiensten, sportcentra en pretparken, en, voor zover zij niet van de werkingssfeer van de richtlijn zijn uitgesloten, thuiszorg, zoals hulp aan ouderen. Het kan zowel gaan om diensten waarvoor de dienstverrichter en de afnemer zich in elkaars nabijheid dienen te bevinden als om diensten waarvoor de dienstverrichter of de afnemer zich moet verplaatsen of die op afstand kunnen worden verricht, waaronder via internet.’ (onderstreping JvO)

15. In het Handboek van de Europese Commissie staat onder meer: ‘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 gereguleerde beroepen (waaronder juridisch en fiscaal adviseurs, architecten, ingenieurs, accountants, taxateurs), ambachtlieden, diensten voor ondernemingen (waaronder kantooronderhoud, managementadviezen, organisatie van evenementen, incassodiensten, reclame- en wervingsdiensten), distributiehandel (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten), diensten op het gebied van toerisme (waaronder diensten van reisbureaus) (...)’ (onderstreping: JvO)

16. Appellante betoogt vanwege het bovenstaande onderstreepte zinsdeel uit het Handboek, dat de detailhandel die zij uitoefent wel als dienst te kwalificeren is. Hierdoor wordt de Afdeling gedwongen om zich - voor het eerst in een planologische procedure - uit te laten over de vraag of detailhandel als dienst te kwalificeren is. Dat is nuttig, omdat de vraag of de planologisch gereguleerde

detailhandelsactiviteit als een Unierechtelijke dienst te kwalificeren is, mij op het eerste gezicht een minstens zo wezenlijke lijkt als de vraag of de Dienstenrichtlijn van toepassing is vanwege de wijze waarop die activiteit wordt gereguleerd.

17. Voor het eerst in een planologische procedure, omdat deze vraag al aan de orde en beantwoord is geweest in procedures rondom de Winkeltijdenwet (ABRvS 25 juli 2012, AB 2012/337 m.nt. M.R. Botman en *Gst.* 2013/4 m.nt. W.P. Adriaanse) en in procedures rondom marktverordeningen (ABRvS 19 juni 2013 (No. 201203334/1/A3 en 201203340/1/A3). Zie over deze laatste twee uitspraken (en over veel meer) M.R. Botman, 'De Dienstenrichtlijn in de bestuursrechtspraak: van *lex silencio* tot winkeltijden', *JBPlus* 2013-03, 129). In die uitspraken volgt de Afdeling de lijn die nu ook is opgenomen in de uitspraak van 25 juni jl. In die zin kan gesproken van een vaste Afdelingslijn, die nu wordt doorgetrokken naar de ruimtelijke ordening. De uitspraak van 25 juni 2014 lag daarom in de lijn der verwachting.

18. Die - vaste - lijn, die dus ook in de uitspraak van 25 juni jl. wordt gevolgd, komt op het volgende neer. In artikel 4 aanhef en onder 1 van de Dienstenrichtlijn staat dat voor de toepassing van de richtlijn onder dienst wordt verstaan elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel 50 van het EG-Verdrag (thans: artikel 57 van het VWEU). Blijkens onderdeel 76 van de considerans bij de Dienstenrichtlijn heeft zij geen betrekking op de toepassing van de artikelen 28 - 30 EG-verdrag (thans: de artikelen 34 tot en met 36 VWEU) over het vrije verkeer van goederen. Vervolgens gaat de Afdeling na of de betrokken detailhandel kan worden gekwalificeerd als een 'dienst' dan wel als een 'goed'. Onder verwijzing naar haar eigen jurisprudentie (ABRvS 2 maart 2011, AB 2011/101 m.nt. E. Steyger) en naar vaste rechtspraak van het Europese Hof (genoemd wordt het arrest van 26 mei 2004, C-20/03), concludeert de Afdeling dat in het geval een nationale maatregel zowel het vrije verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverrichting beperkt, de maatregel in beginsel slechts onderzocht wordt ten aanzien van één van deze twee vrijheden, indien blijkt dat één van deze vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden. De Afdeling constateert dat de economische activiteiten waarop de onderhavige bestemmingsplanvoorschriften betrekking hebben, geen diensten vormen in de zin van artikel 4 aanhef en onder 1 van de Dienstenrichtlijn en artikel 57 VWEU en dat de voorschriften betrekking hebben op detailhandel in supermarkten waarbij de vrijheid van diensten volledig ondergeschikt is

aan het in artikel 34 VWEU gewaarborgde vrije verkeer van goederen, zodat het besluit niet aan de Dienstenrichtlijn hoeft te worden getoetst. Daarmee is de kous in grote lijnen af.

19. De vraag is dan nog wel hoe het woord 'distributiehandel' moet worden gedeut. De Afdeling maakt daar niet al te veel woorden aan vuil met haar overweging: '*Dat de Europese Commissie in het Handboek - dat, zoals zij zelf te kennen geeft, niet wettelijk bindend is - een passage heeft opgenomen die de indruk wekt dat 'distributiehandel (met inbegrip van detail- en groothandelsverkoop van goederen en diensten)' als dienst moet worden beschouwd, leidt, gelet op de eerder geciteerde rechtspraak en op de analyse van de Dienstenrichtlijn zelf, niet tot een ander oordeel.*' Ik zou aan deze overweging nog willen toevoegen dat mijn indruk is dat bij het begrip distributiehandel eerder gedacht kan worden aan logistieke dienstverlening, dan aan verkoop van goederen aan particulieren. Het is mij dan ook niet meteen duidelijk waar de Europese Commissie de toevoeging tussen haakjes op baseert. De nationale wetgever is op dit punt, althans in de memorie van toelichting op de Dienstenwet, vrij helder. Daarin staat dat economische activiteiten die vallen onder specifieke verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen geen 'dienst' zijn in de zin van artikel 57 VWEU en derhalve niet vallen onder de Dienstenrichtlijn. '*Een goed voorbeeld hiervan is de verkoop van goederen aan particulieren in een winkel.*' (Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 13). Zou logistieke dienstverlening dan niet (ook) vallen onder het vrij verkeer van goederen? Ik zou zeggen dat - aansluitend bij de Burmanjer-uitspraak - bij logistiek de nadruk ligt op het dienstverleningsaspect en dat - mocht dat aan de orde zijn - het vrije verkeer van goederen daaraan ondergeschikt is. Een soortgelijke lijn zou ook gevolgd kunnen worden bij verkoop van drank- en etenswaren in horecagelegenheden, waarbij de nadruk meer ligt op de vrijheid van dienstverrichting dan op het vrije verkeer van goederen.

20. Kortom, hoewel niet uit te sluiten is dat in de toekomst nog veelvuldig een beroep zal worden gedaan op de strijdigheid van planologische besluiten met artikel 14 lid 5 van de Dienstenrichtlijn, zal - wat betreft detailhandel - daarmee vermoedelijk geen succes kunnen worden behaald. Voorafgaand aan deze uitspraak bestond nog de mogelijkheid dat indien kon worden aangetoond dat een planologische besluit strijdig was met de goede ruimtelijke ordening, deze (ook) strijdig kon zijn met artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn. Zou een dergelijk betoog doel treffen, dan loopt men nu aan tegen de omstandigheid dat de Dienstenrichtlijn

in het geheel niet van toepassing is op 'reguliere' detailhandel, zodat zich ook geen strijdigheid met de Dienstenrichtlijn kan voordoen.

21. Moet dan nog zelfstandige betekenis worden toegekend aan artikel 1.1.2 Bro voor zover het detailhandel betreft? Ik zou zeggen van niet, nu die bepaling niets meer bepaalt dan dat het verboden is planologische besluiten te nemen die strijdig zijn met artikel 14 lid 5 Dienstenrichtlijn. Nu de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op detailhandel, kan een planologische detailhandelsregeling daarmee ook niet in strijd zijn. Dat betekent dat het effect van artikel 1.1.2 Bro voor zover het detailhandel betreft, is komen te vervallen.<sup>5</sup> Voor de goede orde, dat is natuurlijk niet het geval voor dienstenactiviteiten, zoals bijvoorbeeld kantoren.

22. Dan resteert er nog een vraag, namelijk hoe de recente toevoeging van artikel 3.1.6 lid 4 Bro moet worden gezien in het licht van deze uitspraak. Deze bepaling, die op 1 juli 2014<sup>6</sup> in werking is getreden, heeft betrekking op het onderzoek naar de actuele regionale behoefte als trede 1 van de ladder van duurzame verstedelijking (artikel 3.1.6 lid 2 Bro). Deze bepaling luidt: *'Een onderzoek naar de actuele regionale behoefte als bedoeld in het tweede lid, heeft, in het geval dat het bestemmingsplan, bedoeld in het tweede lid, ziet op de vestiging van een dienst als bedoeld in artikel 1 van de Dienstenwet en dit onderzoek betrekking heeft op de economische behoefte, de marktvrage of de beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van die vestiging, slechts tot doel na te gaan of de vestiging van een dienst in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening.'*

23. In artikel 3.1.6 lid 4 Bro wordt voor de duiding van een dienst verwezen naar artikel 1 Dienstenwet. Daarin wordt een dienst gedefinieerd als *'economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, als bedoeld in artikel 50 [thans: 57 van het VWEU] van het Verdrag'*. Uit de Afdelingsuitspraak van 25 juni jl. en uit de Afdelingsuitspraken over de Warenwet en marktverordeningen, volgt dat detailhandel niet kwalificeert als een dienst in de zin van artikel 57 VWEU en daarmee niet in de zin van

artikel 1 Dienstenwet, zodat artikel 3.1.6 lid 4 Bro geen betrekking kan hebben op detailhandel.<sup>7</sup> Dit zal niet de verwachting geweest zijn van de Minister van Infrastructuur en Milieu, toen zij bij brief van 9 januari 2014 (*Kamerstukken II 2013/14, 33 473, nr. 4*) de toevoeging van het vierde lid aan artikel 3.1.6 Bro aankondigde: *'Bij mijn ministerie zijn klachten binnengekomen over eisen die door provincies en gemeenten gesteld worden aan de vestiging van dienstenactiviteiten. Die klachten hebben betrekking op de tekst en toepassing van artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro, meer in het bijzonder of met het in dat lid genoemde onderzoek naar de actuele regionale behoefte geen «economic needs test» als bedoeld in de Dienstenrichtlijn wordt gevraagd. Daarnaast zijn bij mijn ministerie klachten binnengekomen over eisen die door sommige provincies in provinciale verordeningen zijn opgenomen. Eisen die voorwaarden stellen aan de vestiging van een dienstenactiviteit. Het gaat dan om verplichtingen met betrekking tot het uitvoeren van een regionaal economisch onderzoek (REO), een distributie planologisch onderzoek (DPO) of onderzoek waarin gevraagd wordt om de gevolgen van de voorgenomen vestiging van een dienstenactiviteit voor de bestaande detailhandel in kaart te brengen.'*<sup>8</sup> Hierbij zij opgemerkt dat de toevoeging van het vierde lid aan artikel 3.1.6 slechts ingegeven lijkt te zijn door planologische regelingen die de vestiging van detailhandel beperken en niet zozeer op dienstenactiviteiten als bijvoorbeeld kantoren.

24. Dit betekent dat een verplichting tot het uitvoeren van een regionaal economisch onderzoek (voor zover dat niet kan worden aangemerkt als een onderzoek naar de vraag of de nieuwe functie leidt tot duurzame ontworpening van het voorzieningenniveau voor zover het eerste levensbehoeften betreft), 'gewoon' moeten worden bestreden met een beroep op strijdigheid van een dergelijke verplichting met de goede ruimtelijke ordening vanwege het ontbreken van ruimtelijke relevantie. De verplichting tot het uitvoeren van een distributieplanologisch onderzoek lijkt vooralsnog moeilijk te bestrijden te zijn. Daarbij kan ik mij de irritatie die bij initiatiefnemers bestaat over de verplichting kosten te maken voor een distributieplanologisch

5 Op dit punt verschil ik van mening met G.H.J. Heutink en A. Franken van Bloemendaal in hun eerdergenoemde bijdrage 'De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (Deel A). Vervolg op TBR 2013/137' (paragraaf 1.4) in deze zelfde uitgave, waar zij schrijven: *'Ook al moet worden gezegd dat de uitspraak voor het Nederlandse ordeningsbestel naar onze overtuiging materieel niet van wezenlijke betekenis is - ondermeer door de werking van de artikelen 3.1.2 en 1.1.2 Bro (waarmee is vastgelegd dat art. 14 lid 5 van de Dienstenrichtlijn van toepassing is op alle ruimtelijke besluiten) en de werking van art. 3.1 Wro in ons ordeningsbestel brengt de opvatting van de Afdeling daarin geen verandering - vraagt zij niettemin aandacht.'*

6 Stb. 2014/213.

7 Zie in deze zin ook mijn bericht op <www.stibbeblog.nl> 'Onnodige wijziging ladder duurzame verstedelijking, omdat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op detailhandel', d.d. 27 januari 2014.

8 En mogelijk evenmin van de Afdeling advisering van de Raad van State (Stcr. 2014, 18811).



onderzoek waarbij de uitkomst bij voorbaat vast staat en daarmee nodeloos is, goed voorstellen.

J.C. van Oosten

### Noot 2 (I.L. Haverkate)

1. In onderhavige uitspraak heeft de Afdeling kort gezegd geoordeeld, dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op bestemmingsplanvoorschriften die betrekking hebben op detailhandel in supermarkten. Eerder oordeelde de Afdeling al, dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op bestemmingsplanregels die als ruimtelijk relevant moeten worden aangemerkt.<sup>9</sup> Ik zal in deze bijdrage niet uitgebreid ingaan op de vraag of de Afdeling het bij het juiste eind heeft. Ik houd het oordeel van de Afdeling voor onjuist en vind de motivering ondeugdelijk. Ik wil de aandacht vestigen op de brede discussie in Europees verband over vestigingseisen in de regelgeving van de onderscheidenlijke lidstaten met betrekking tot detailhandel. De uitspraak van de Afdeling dreigt Nederland volledig buiten die discussie te plaatsen en dat kan toch onmogelijk de bedoeling zijn.

#### *De tenuitvoerlegging van de Dienstenrichtlijn en het Europees Actieplan inzake Detailhandel*

2. De Afdeling staat in de uitspraak stil bij de passage uit het Handboek inzake de implementatie van de Dienstenrichtlijn, waarin de indruk zou worden gewekt dat detailhandel valt onder de werking van de richtlijn. Deze passage zou evenwel niet tot een ander oordeel moeten leiden, aldus de Afdeling.<sup>10</sup> De Afdeling doet het hiermee voorkomen, alsof de Europese Commissie over de vraag of de richtlijn van toepassing is op commerciële vestiging van detailhandel, weinig anders heeft opgemerkt, dan eerder genoemde passage in het Handboek. Het oordeel van de Commissie over de vraag of de richtlijn ook ziet op detailhandel heeft echter wel wat meer gewicht dan kennelijk door de Afdeling wordt aangenomen, al was het maar, omdat de Commissie is belast met de uitvoering van (delen van) de richtlijn.<sup>11</sup>

3. Om te beginnen verwijs ik naar de Mededeling van de Commissie over de tenuitvoerlegging van de Dienstenrichtlijn.<sup>12</sup> In bijlage I van deze Me-

dedeling is met zoveel woorden opgenomen, dat detailhandel valt onder de werking van de Dienstenrichtlijn. Ook in de Mededeling zelf wordt als uitgangspunt genomen dat detailhandel valt onder werking van de richtlijn en er wordt een 'nultolerantie' beleid kenbaar gemaakt voor overtreding van de voorschriften van de richtlijn. Lidstaten moeten zich ertoe verbinden hun wetgeving volledig in overeenstemming te brengen met de richtlijn, ook waar het detailhandel betreft dus. Tot slot wordt in deze Mededeling aangekondigd, dat de Commissie een Europees actieplan voor detailhandel zal goedkeuren, waarin zij de strategie van de EU voor deze sector uitstippelt.<sup>13</sup>

4. Ik verwijs verder naar de Mededeling van de Commissie inzake een Europees Actieplan inzake detailhandel.<sup>14</sup> Ook in deze Mededeling wordt expliciet als uitgangspunt genomen, dat de richtlijn van toepassing is op commerciële vestiging van detailhandel.<sup>15</sup> In paragraaf 3.2.1. van deze Mededeling wordt onder meer stilgestaan bij het belang om ervoor te zorgen dat enerzijds de vrijheid van vestiging in acht wordt genomen en concurrentievervalsing wordt voorkomen en anderzijds andere relevante doelstellingen van het algemene beleid van de EU in acht worden genomen. Er is, aldus de Mededeling, behoefte aan een evenwichtige aanpak waarbij rekening wordt gehouden met onder meer de planning voor duurzame ontwikkeling, voor territoriale cohesie en voor een leven in de stad en op het platteland van hoge kwaliteit en waarbij de milieueffecten tot een minimum worden beperkt.

5. Ter uitvoering van deze Mededeling is er een onderzoek uitgevoerd naar de vestigingseisen voor detailhandel in de 28 lidstaten, waarbij aandacht is besteed aan restricties en de vrijheid van vestiging. Tijdens de Stakeholders Workshop van 8 juli 2014 zijn de uitkomsten van dit onderzoek belicht.<sup>16</sup> Verder is door betrokkenen uit alle lidstaten van gedachten gewisseld over hoe te komen tot de hiervoor genoemde evenwichtige aanpak, waarbij als uitgangspunt geldt, dat nationale regelgeving in overeenstemming moet worden gebracht met de voorschriften uit de Dienstenrichtlijn.

9 Zie ABRvS 2 mei 2012, No. 201100280/1/R1, m.gastnt. I.L. Haverkate, *TBR* 2012/127 en Marleen Botman in *AB* 2013/63, de punten 3 tot en met 9 van haar annotatie.

10 Zie r.o. 3.2., vierde alinea.

11 Zie artikel 39 van de Dienstenrichtlijn.

12 Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Brussel 8.6.2012 COM (2012) 261 final.

13 Zie par. 6.3 van de Mededeling.

14 Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Brussel, 31.1.2013 COM (2013) 36 final.

15 Zie par. 3.2.1.

16 Zie voor de onderwerpen van de workshop: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/retail/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/retail/index_en.htm).

6. Het oordeel van de Afdeling in onderhavige uitspraak geeft er geen blijk van, dat men daar van deze ontwikkelingen op de hoogte is. Het hele Retail Action plan, de daarop gebaseerde onderzoeken en de stakeholders workshops vinden allemaal hun grondslag in de overtuiging dat detailhandel valt onder de werking van de richtlijn. De door de Afdeling ingezette lijn in de rechtspraak slaat in één klap de bodem onder dit hele proces weg. Los van de vraag of het standpunt van de Afdeling in deze uitspraak juist is of niet, gaat het volledig voorbij aan de realiteit. Daar waar belanghebbenden uit 28 lidstaten zich het hoofd breken over de vraag hoe de vestigingsregels voor detailhandel zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de Dienstenrichtlijn, oordeelt de Afdeling eenvoudigweg dat dit in wezen een overbodige exercitie is, omdat de richtlijn niet van toepassing is op detailhandel.

*Dienstenrichtlijn van toepassing op detailhandel of niet, relevante vraag?*

7. Los van het bovenstaande vraag ik mij af of het zinnig is om eindeloos te discussiëren over de vraag of de Dienstenrichtlijn van toepassing is op de vestiging van winkels. In de eerste plaats is de toepasselijkheid van artikel 14, lid 5 van de richtlijn al verzekerd door het bepaalde in artikel 1.1.2 Besluit ruimtelijke ordening. Resteren nog de artikelen 9 en 10 van de richtlijn, voor zover hier van belang. In de memorie van toelichting bij de Dienstenwet is stilgestaan bij de vraag of de artikelen 9 en 10 van de Dienstenrichtlijn moeten worden geïmplementeerd in de Nederlandse wet- en regelgeving. Geoordeeld is, dat dit niet hoeft.<sup>17</sup>

8. De betreffende passages uit de wetsgeschiedenis kunnen naar mijn mening niet anders worden uitgelegd, dan dat de Nederlandse wetgever van oordeel is, dat hoe dan ook aan alle eisen van de artikelen 9 en 10 van de richtlijn moet worden voldaan, omdat dit in Nederland al geldend recht is. Tot slot zijn de verdragsbepalingen zelf natuurlijk ook altijd nog van toepassing en moeten de nationale overheden in het kader van het beginsel van gemeenschapstrouw alles in het werk stellen om belemmeringen bij vestiging te voorkomen.<sup>18</sup>

*Conclusie*

9. De conclusie is, dat deze uitspraak los lijkt te zijn gekomen van de dagelijkse praktijk in Europa en de pogingen die de diverse belanghebbenden ondernemen om te komen tot een evenwichtige aanpak, waarbij zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan de fundamentele verdragsvrijheden enerzijds, en de al of niet gerechtvaardigde wens om vestiging van winkels (lokaal) te reguleren anderzijds.

10. Naar mijn mening zou de aandacht vooral moeten uitgaan naar het vinden van die evenwichtige aanpak en leidt deze uitspraak de aandacht af van waar het nu werkelijk om gaat. In ieder geval draagt deze uitspraak niet in positieve zin bij aan het vinden van een oplossing van een probleem dat in alle 28 lidstaten speelt, zoveel is duidelijk. Gelet op alles wat er in Europa gaande is had het tot slot op z'n minst voor de hand gelegen dat de Afdeling prejudiciële vragen aan het HvJ EU had gesteld over de toepasselijkheid van de richtlijn bij detailhandel.<sup>19</sup>

I.L. Haverkate

TBR 2014/134

**Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, 9 juli 2014, No. 201307927/1/R1, ECLI:RVS:2014:2478 (Bestemmingsplan Haarlemmermeer)**

Mr. Th.C. van Sloten, mr. J. Hoekstra en mr. F.C.M.A. Michiels

**Wro: art. 3.1 lid 1, art. 3.6 lid 1 onder a en art. 3.8; Awb: art. 1:2 lid 1, art. 8:1, art. 8:6, art. 8:72 lid 3 onder b, art. 8:75 en bijlage 2, art. 2 onderdeel Wro onder a. Rechtszekerheidsbeginsel**

**Wijzigingsbevoegdheid maakt prioritaire verplaatsing mogelijk van elders in de gemeente gevestigd motorbrandstofverkoop punt. Meeste bezwaren (onder meer over staatssteun en overaanbod van motorbrandstofverkoop punten) tegen wijzigingsbevoegdheid ongegrond. Objectieve begrenzing ontbreekt. Vernietiging onderdeel wijzigingsbevoegdheid. Zelf in de zaak voorzien door aanvulling wijzigingsbevoegdheid. Bewijsplicht voor degene die zich beroept op overgangsrecht. Geen proceskostenveroordeling:**

<sup>17</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31 579, nr. 3, par. 3.4.2 e.v.

<sup>18</sup> Zie art. 4, lid 3 VEU.

<sup>19</sup> Zie de gastnoot van I.L. Haverkate, TBR 2012/127.