



Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn

Criteria, risico's en scenario's

JUNI 2019

Een publicatie van de Retailagenda in samenwerking met de ministeries van Binnenlandse Zaken en Economische Zaken en Klimaat, het IPO en de VNG. Kijk voor meer informatie over de Dienstenrichtlijn op www.retailand/dienstenrichtlijn. Heeft u vragen? Stuur dan een bericht aan info@retailagenda.nl



Waarom een leidraad ‘Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn’?

De ministeries van Binnenlandse Zaken en Economische Zaken en Klimaat, het IPO en de VNG werken momenteel samen aan een landelijke handreiking Dienstenrichtlijn. Deze handreiking wordt naar verwachting in september 2019 gepresenteerd. Echter heeft de Retailagenda gemerkt dat er momenteel veel vragen zijn bij gemeenten over de toepassing van de Dienstenrichtlijn, en wat dit voor hen betekent. Daarom hebben we nu vast de leidraad ‘Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn’ opgesteld. Hiermee willen we inspelen op vragen die in uw gemeente spelen en willen we u helpen bepalen of uw gemeente momenteel risico loopt met één van de bestemmingsplannen.

Wat is er dan aan de hand met de Dienstenrichtlijn?

U heeft als gemeente uw grondgebied belegd met bestemmingsplannen waarin onder andere vestigingsmogelijkheden voor detailhandel zijn geregeld. Hierbij is veelal geen rekening gehouden met de Dienstenrichtlijn. Het Europese Hof van Justitie heeft op 30 januari 2018 een arrest gewezen (casus Visser Vastgoed – Appingedam; ECLI:EU:C:2018:44). Daarin heeft het Hof – kort gezegd – bepaald dat detailhandel een ‘dienst’ is en dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is op bestemmingsplannen. De Dienstenrichtlijn verbindt voorwaarden aan het opnemen van vestigingsbeperkingen ten aanzien van dienstverleners (wat nu ook geldt voor detailhandel) in bestemmingsplannen. De reden daarvoor is dat de Dienstenrichtlijn is gebaseerd op het Europees uitgangspunt van een vrije interne markt en vrijheid van vestiging van dienstverrichters.

In Nederland zijn op veel plaatsen vestigingsbeperkingen opgenomen in bestemmingsplannen. Het betreft onder andere het uitsluiten van branches met een centrumfunctie (mode, speelgoed, huishoudelijke artikelen etc.) en supermarkten op bedrijventerreinen en woonboulevards. Het uitsluiten van deze branches op deze locaties is niet meer van vanzelfsprekend als rekening wordt gehouden met de toepassing van de Dienstenrichtlijn: vrijheid van vestiging van dienstverrichters. De Dienstenrichtlijn verbindt voorwaarden aan het opnemen van vestigingsbeperkingen.

Kan alle detailhandel zich nu dan overal vestigen?

Nee, gemeenten hebben beleidsvrijheid om ruimtelijk te ordenen en daarmee te bepalen of ergens detailhandel is toegestaan of juist niet. Wanneer een gemeente vestigingsbeperkingen verbindt aan een locatie waar detailhandel is toegestaan, dan moeten deze beperkingen worden getoetst aan de criteria die zijn opgenomen in de Dienstenrichtlijn (artikel 15 lid 3).

Wat zijn die criteria waaraan een vestigingsbeperking moet voldoen?

Een vestigingsbeperking moet voldoen aan de motiveringsplicht van artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn. Dit houdt in dat deze vestigingsbeperking moet voldoen aan drie criteria:

1. *‘Non-discriminatoir’*. Er mag geen onderscheid gemaakt worden in de vestiging van een bedrijf op basis van het land van herkomst. Dit speelt in de ruimtelijke ordening doorgaans geen rol van betekenis.
2. *‘Noodzakelijkheid’*: De noodzakelijkheid van een vestigingsbeperking moet worden aangetoond in het kader van een ‘dwingende reden van algemeen belang’. Een voorbeeld hiervan is het bevorderen van de aantrekkelijkheid van het centrum om de leefbaarheid te behouden en zo leegstand in het centrum te voorkomen. Dit doen gemeenten vaak ter bescherming van het stedelijk milieu in het kader van een goede ruimtelijke ordening (zie o.a. tussenuitspraak Appingedam; ECLI:EU:C:2018:44). Deze noodzakelijkheid zal in veel kernen en gemeenten in Nederland aan de orde zijn.
3. *‘Evenredigheid’*. De motivering aan het ‘evenredigheids-criterium’ moet voldoen aan de volgende aspecten:
 - o de maatregel moet geschikt zijn om het beoogde doel te bereiken;
 - o de maatregel wordt op coherente en systematische wijze uitgevoerd (hypocrisietest);
 - o de maatregel gaat niet verder dan nodig is; er moet worden beoordeeld of het beoogde doel niet ook met andere en/of minder beperkende middelen (flankerende maatregelen) kan worden bereikt.

Hoe kan uw gemeente eventuele risico’s in kaart brengen?

Om erachter te komen of een bestemmingsplan in strijd is met de Dienstenrichtlijn kunnen de volgende stappen worden doorlopen:

1. De eerste stap is het inventariseren van bestemmingen waarbinnen detailhandel mogelijk is. Detailhandel is (vaak) mogelijk binnen de bestemmingen ‘Centrum’, ‘Detailhandel’ en ‘Gemengd’. Let ook op de mogelijkheden binnen bestemmingen zoals ‘Bedrijf’, ‘Bedrijventerrein’, ‘Wonen’ en ‘Dienstverlening’. Ook zitten er soms ‘verborgen’ mogelijkheden in de bedrijvenlijst van een bestemmingsplan. Productiegebonden – en ondergeschikte detailhandel vallen niet binnen de scope van de Dienstenrichtlijn.
 2. Vervolgens moet er binnen deze bestemmingen worden geïnventariseerd of er voor detailhandel vestigingsbeperkingen zijn toegevoegd.
- Als dat **niet** het geval is, dan is er geen sprake van strijdigheid met de Dienstenrichtlijn en dus geen risico.
 - Als dat wel het geval is, dan is er een potentieel risico.

Voorbeelden van vestigingsbeperkingen zijn:

- Functioneel voor specifieke branches (bijvoorbeeld grootschalige detailhandel, supermarkt).
- Maatvoering. Winkelomvang is geminimaliseerd of gemaximaliseerd (bijvoorbeeld een winkel moet minimaal 1.500 m² bvo groot zijn).
- Aantallen. Hierbij is het aantal winkels in een bepaalde branche gemaximaliseerd (bijvoorbeeld maximaal twee supermarkten).

3. Om de aard en omvang van het risico te analyseren moet bekeken worden of de vestigingsbeperking gemotiveerd kan worden, bijvoorbeeld vanuit een relevant beleidskader. Is dat niet zo, dan is een aanvullende motivering vereist.

Voorbeelden van relevante beleidsstukken

zijn detailhandelsvisies, maar ook algemene structuurvisies of provinciaal (detailhandels)beleid kunnen relevant zijn. Een beleidsstuk moet een motivering bevatten voor de vestigingsbeperking: bijvoorbeeld dat de gemeente streeft naar clustering en ruimtelijke concentratie van het voorzieningenaanbod. Mocht er geen relevant beleidsstuk zijn, dan is het zaak om beleid of aanvullende motivering te formuleren ten aanzien van de gewenste detailhandelsstructuur.

4. Wanneer de vestigingsbeperking wel gemotiveerd wordt in de toelichting van het bestemmingsplan, dan is het zaak om de motivering te toetsen aan de criteria van artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn. Het betreft dan voornamelijk de noodzakelijkheid en de evenredigheid.

Noodzakelijkheid

Recente uitspraken van de Raad van Staten geven aan dat het criterium de noodzakelijkheid relatief gemakkelijk gemotiveerd wordt door de vestigingsbeperking te koppelen aan (detailhandels)beleid dat gericht is op het beschermen van de detailhandelsstructuur en het beschermen van centrumgebieden.

Evenredigheid

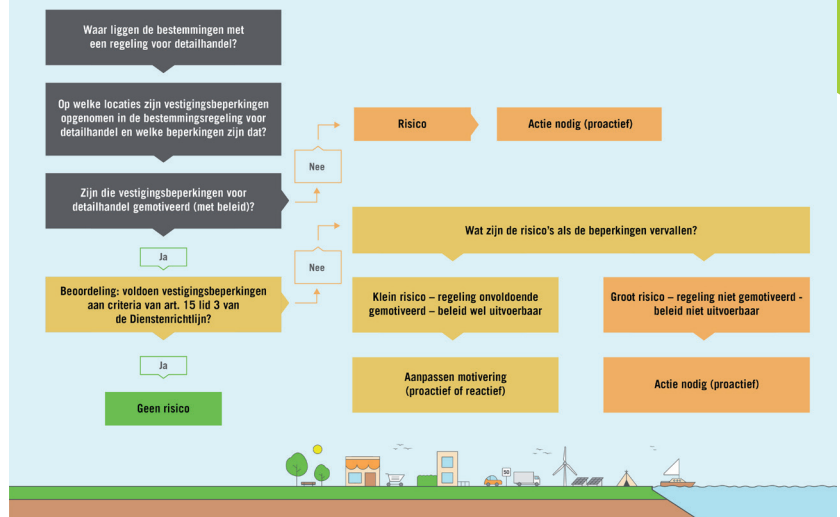
De toetsing van de evenredigheid is minder uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Tot hierover meer duidelijk is (bijvoorbeeld na de uitspraak Appingedam) zal het totaalpakket aan maatregelen moeten worden gezien vanuit de totale (gewenste) detailhandelsstructuur en niet voor één specifieke winkel. Dat betekent dat moet worden beoordeeld of zowel de aard van de vestigingsbeperking, de motivering hiervan én het totaal van de maatregelen die een gemeente neemt, bijvoorbeeld centrumgebieden te beschermen, voldoet om het beoogde doel te bewerkstelligen.

Na toetsing zijn dan drie scenario's mogelijk:

1. De gemeente voldoet met het bestemmingsplan aan de motiveringscriteria, er is geen actie vereist.
2. De gemeente moet de motivering nog aanscherpen:

- het bestemmingsplan voldoet, maar de motivering is nog niet sterk genoeg. Dit kan proactief worden onderzocht door het bestemmingsplan aan te passen, nog voordat een gemeente wordt geconfronteerd met een initiatiefnemer die zich beroept op de Dienstenrichtlijn. Maar dit kan ook reactief naar aanleiding van een initiatiefnemer die zich beroept op de Dienstenrichtlijn.
3. De gemeente heeft een probleem. Zowel het bestemmingsplan als de motivering voldoen niet.

Risico-inventarisatie Dienstenrichtlijn



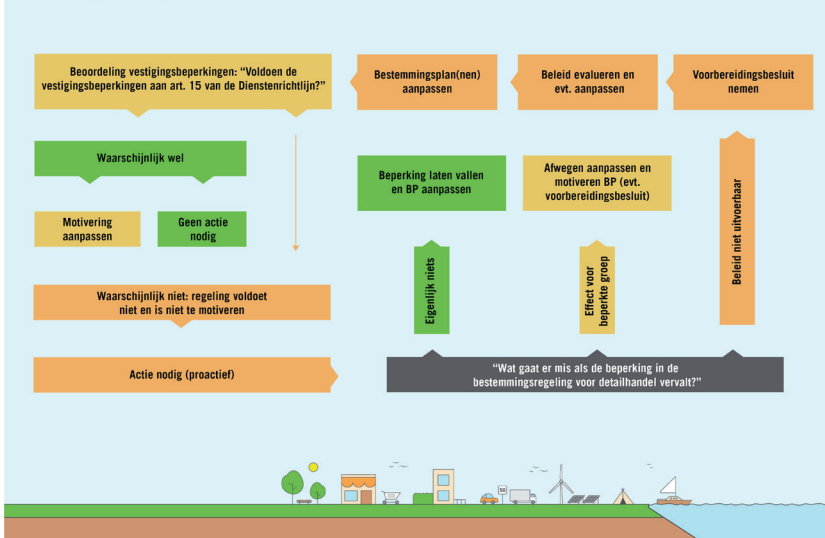
Bij het beoordelen van de risico's van een vestigingsbeperking binnen de mogelijkheden van detailhandel is het in alle gevallen van belang de vraag te stellen: 'Wat gaat er mis als de beperking in de bestemmingsregeling voor detailhandel vervalt? Als er niets misgaat, is er feitelijk geen sprake van een risico wanneer de vestigingsbeperking zou vervallen. Is dit wel zo, dan moet de motivering worden getoetst aan de criteria van de Dienstenrichtlijn.'

Hoe kunt u als gemeente omgaan met geconstateerde risico's?

Wanneer een gemeente in scenario drie tot de conclusie komt dat er in het kader van de toetsing aan de Dienstenrichtlijn potentieel (grote) risico's zitten, dan is het van belang om te bepalen welke actie gewenst is:

1. 'Wat gaat er mis als de beperking in de bestemmingsregeling voor detailhandel vervalt? Als er niets misgaat, is het niet erg als de beperking vervalt en is het risico beperkt. Geadviseerd wordt om met de herziening van het bestemmingsplan de vestigingsbeperking te schrappen uit het plan.'
2. 'Wat is het risico dat de ongewenste ontwikkeling op de betreffende locatie op korte termijn daadwerkelijk zal plaatsvinden? Het kan zijn dat dit risico klein of afwezig is bijvoorbeeld omdat op de betreffende locatie een functie zit die economisch sterk is en niet voornemens is om te verhuizen, zoals een bestaande supermarkt. Er is dan geen actie op korte termijn noodzakelijk.'
3. Wanneer er een probleem ontstaat als de vestigingsbeperking vervalt en een initiatiefnemer mogelijk gebruik gaat maken van dit 'gaatje' dan is actie vereist.

Basisaanpak omgaan met eventuele risico's



Het aanpassen van de vestigingsbeperking en/of het aanpassen van het beleid zijn dan de mogelijkheden. Om deze acties uit te voeren én ongewenste ontwikkelingen te voorkomen kan overwogen worden om een **vorbereidingsbesluit** te nemen. Hiermee creëert u extra tijd om het beleid en het bestemmingsplan aan te passen en worden ongewenste ontwikkelingen in die periode voorkomen.

Wat zijn de mogelijke gevolgen voor bestemmingsplannen in procedure en nieuwe plannen?

Bij bestemmingsplannen die momenteel worden opgesteld of die nog in procedure zijn als voorontwerp of ontwerp, en waar *vestigingsbeperkingen binnen de mogelijkheden voor detailhandel* zijn opgenomen, is het verstandig om deze beperking te toetsen aan de motiveringscriteria van de Dienstenrichtlijn. Ook hierbij is het van belang om de vraag te stellen of er daadwerkelijk iets mis gaat wanneer een gemeente de vestigingsbeperking weglaat uit de rege-

erder in deze leidraad benoemd, zodanig te motiveren dat wordt voldaan aan de criteria van noodzakelijkheid en evenredigheid.

Wat zijn de mogelijkheden voor bedrijven en ontwikkelaars – wat kunt u als gemeente verwachten?

Op basis van jurisprudentie (Uitspraak fietswinkel Tilburg; ECLI:NL:RVS:2018:3471) kan een initiatiefnemer stellen dat een vestigingsbeperking in een bestemmingsplan niet voldoet aan de Dienstenrichtlijn en dus buiten beschouwing moet worden gelaten en dus niet van toepassing is.

De initiatiefnemer moet daarvoor een 'deugdelijke' motivering leveren. Een initiatiefnemer heeft in principe vier manieren om deze motivering kenbaar te maken:

- Geen aanvraag omgevingsvergunning – gemeente moet handhavingprocedure hanteren.**
- Aanvraag omgevingsvergunning bouwen.**
- Aanvraag kruimelvergunning.**
- Aanvraag afwijken bestemmingsplan.**

Bij de genoemde opties moet de initiatiefnemer aantonen dat een vestigingsbeperking in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Initiatiefnemer kan niet volstaan met de enkele stelling dat sprake is van strijd omdat de beperking niet is onderbouwd. Een gemeente kan de aanvraag afwijzen wegens strijd met geldend (detailhandels)beleid of wegens strijd met een goede ruimtelijke ordening. Uit jurisprudentie (zie o.a. uitspraak Decathlon Schiedam; ECLI:NL:RVS:2019:965) blijkt dat een overheid haar besluit wel goed moet onderbouwen conform de criteria van de Dienstenrichtlijn.

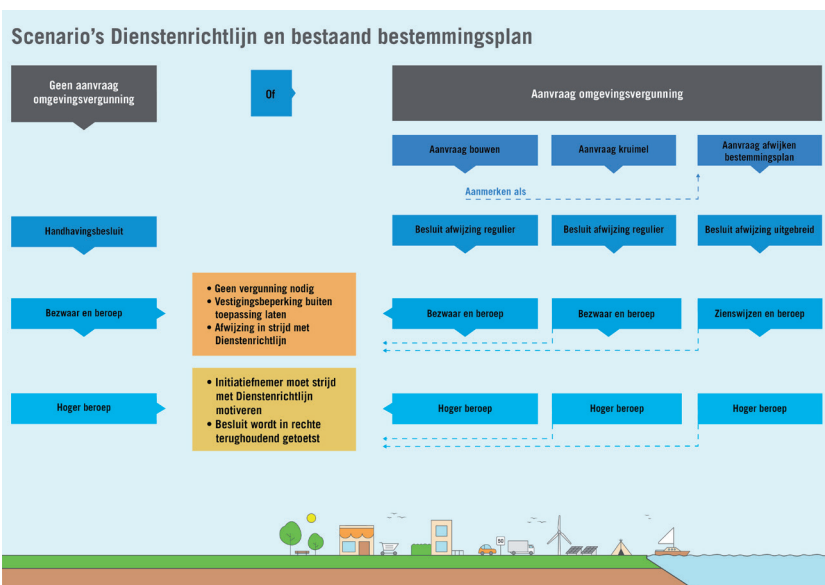
Wanneer een initiatiefnemer het niet eens is met het besluit van de gemeente zal hij naar de rechter moeten stappen om de betreffende planregel, die niet voldoet aan de Dienstenrichtlijn, buiten beschouwing te laten/onverbindend te verklaren.

Hoe gaat het verder met de Dienstenrichtlijn?

- De jurisprudentie rondom de Dienstenrichtlijn is continu in ontwikkeling. De inhoud van deze Risico-inventarisatie is geschreven op basis van de kennis van mei 2019. Nieuwe jurisprudentie kan er toe leiden dat de inhoud van deze leidraad onvolledig of verouderd kan zijn.
- Deze leidraad vormt een onderdeel van de Landelijke Handreiking Dienstenrichtlijn die momenteel wordt ontwikkeld door de ministeries van Binnenlandse Zaken en Economische Zaken en Klimaat, het IPO en de VNG. Verwachte publicatiedatum: september 2019.

Disclaimer

Deze publicatie is opgesteld door Rho adviseurs, Bureau Stedelijke Planning en Locatus. Aan deze publicatie kunnen geen rechten worden ontleend.



ling. Is dit het niet geval is, kan de vestigingsbeperking komen te vervallen. Indien dit wel het geval is, dan is het zaak om de in de regeling opgenomen beperking, zoals