

Artikel

Detailhandel & Dienstenrichtlijn

De pakketbenadering: toverwoord of hellend vlak?

Mr. G.H.J. (Gijs) Heutink*

1 Inleiding

Het Europese Hof (hierna: Hof) stelt hoge eisen aan de rechtvaardiging van iedere maatregel van de overheid waarmee wordt afgeweken van het beginsel van de vrije vestiging en het vrije verkeer van diensten binnen de Unie. Dat beginsel is neergelegd in art. 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), en voor diensten binnen de Unie uitgewerkt in de Dienstenrichtlijn.¹ Een inbreuk op dat fundamentele recht – een beperking van de vrije vestiging, door aan die vestiging voorwaarden te verbinden – is toelaatbaar, maar vereist is dat zo'n inbreuk door het bevoegd gezag (de lidstaat of lagere overheden) deugdelijk wordt gemotiveerd. Allereerst kan een vestigingsbeperking alleen worden gerechtvaardigd als die voortkomt uit dwingende redenen van algemeen belang: in de sfeer van de ruimtelijke ordening moet het dan gaan om de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu.² Die bescherming vormt in de regel de grondslag voor door onze centrale en decentrale overheden geformuleerde beleidsdoelen en daaraan gekoppelde besluiten (bestemmingsplannen, verordeningen, vergunningen, visies en regels).³ In die regels, besluiten en visies kunnen voorwaarden worden opgelegd die de vrije vestiging van diensten beperken. De rechtvaardiging van een vesti-

gingsbeperking dient door het bevoegd gezag te worden aangetoond met 'een analyse van de geschiktheid en evenredigheid van de door hem genomen beperkende maatregel', waarbij de motivering dat de beleidsdoelen in het concrete geval door de maatregel worden verwezenlijkt met 'nauwkeurige gegevens' moet worden gestaafd.⁴ Kort gezegd: een beperkende maatregel moet berusten op ruimtelijke doelstellingen, moet effectief zijn om die doelstellingen te bereiken en mag niet verder gaan dan nodig is.

Waar het gaat om de toelaatbaarheid van vestigingsbeperkingen in de detailhandel (beperkingen in branches, assortimenten en metrages) zijn de kussens in ons orderingsbestel in 2016 en 2017 flink opgeschud door voortvarende stappen voorwaarts van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling) in de zaak Appingedam en een stevig antwoord van het Hof over de daarin door de Afdeling gestelde prejudiciële vragen.⁵ Het had er – na een categorisch nee van de Afdeling tegen alle pleidooien over detailhandel, het recht van vrije vestiging en de reikwijdte van de

* Mr. G.H.J. Heutink is advocaat bij Hemwood te Amsterdam.

1. Richtlijn 2006/123.

2. Art. 4 onder 8 Dienstenrichtlijn.

3. De Dienstenrichtlijn kan ook van toepassing zijn op visies: vgl. ABRvS 25 september 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3269 (Waadhoeke). Zie ook de uitvoerige noot van Henk de Vries in TBR 2019/159, aant. 1 en 30.

4. Het Hof heeft de motiveringseis voor de rechtvaardiging van een afwijking van het in het VWEU en de Dienstenrichtlijn verankerde recht op vrije vestiging van diensten vormgegeven in (onder meer) de uitspraak van 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje), zie punt 83 en het daar aangehaalde arrest van 22 december 2008, C-161/07, ECLI:EU:C:2008:759 (Commissie/Oostenrijk), punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

5. HvJ EU 30 januari 2018, C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (Visser Vastgoed) en ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75 (de verwijzingsuitspraak).

Dienstenrichtlijn⁶ – de schijn van dat die opvatting in beton was gegoten. Maar tot verbazing van menigeen die zich – soms jaren – druk had gemaakt over het onderwerp geschiedde het onmogelijke.⁷ Een uitspraak die getuigde van moed, en die waardering oogstte van velen, onder wie B.J. Hessel, die over deze stap van de Afdeling schreef dat hij onder de indruk was

‘van de diepgang van deze prejudiciële procedure. Voor wat betreft de tweeslachtige situatie rond de verhouding tussen goederen en diensten hoop ik dat het Hof de ruimte zal bieden die de Commissie in het Handboek toepast en die door veel andere lidstaten al is benut.’⁸

1.1 De rit na Appingedam: de pakketbenadering

Er leek met de uitspraken van het Hof en de Afdeling tegemoet te worden gekomen aan de Unietrouw⁹ en er leek structuur en duidelijkheid te komen in de eisen die aan detailhandelsbeperkingen behoren te worden gesteld. Het bevoegd gezag werd geïnstrueerd dat beperkingen van de vrije vestiging alleen kunnen worden gerechtvaardigd, als wordt voldaan aan de evenredigheidsstoets en als met de beperking de gestelde beleidsdoelen worden verwezenlijkt.¹⁰

We zijn sinds Appingedam een aantal zaken over de Dienstenrichtlijn en beperkingen van de vrije vestiging verder. Ik behandel de meest in het oog springende zaken in deze bijdrage: dat kan in een notendop, omdat de kernoverweging over de toepassing van het evenredigheidsbeginsel is uitgekristalliseerd en in de relevante uitspraken op gelijke wijze wordt herhaald. Ik stel daarbij de normering van de motiveringseis van een rechtvaardiging van een inbreuk op de vrije vestiging aan de orde (art. 49 VWEU), in samenhang met door de

Afdeling aangehaalde uitspraken van het Hof en de werking van de zogenoemde pakketbenadering. De pakketbenadering speelt inmiddels een hoofdrol in alle relevante zaken over vestigingsbeperkingen in de detailhandel (en ook in deze bijdrage): zij is aan de orde als sprake is van meer dan één maatregel, strekkende tot beperking van de vrije vestiging en tot verwezenlijking van beleidsdoelen. Het gaat dan om een maatregel die onderdeel is van een pakket aan maatregelen om beleidsdoelen (zoal het tegengaan van leegstand) te verwezenlijken.

1.2 De pakketbenadering als instrument voor een verlichte evenredigheidsstoets

Als een maatregel waarvan noodzaak en evenredigheid moeten worden aangetoond naar het oordeel van de Afdeling behoort tot een pakket aan maatregelen, treedt een mechanisme in werking waarmee de door het Hof vereiste nauwkeurige analyse met specifieke gegevens – het Spanje-criterium¹¹ – wordt teruggebracht tot een analyse waaraan de Afdeling ‘minder hoge eisen’ stelt (onduidelijk is welke). In plaats van de verwezenlijking van beleidsdoelen en het aantonen van structurele (negatieve) effecten van een detailhandelsinitiatief wordt een zinvolle bijdrage voldoende geacht. Die wordt door de Afdeling aangenomen als van een initiatief een ‘merkbare invloed’ uitgaat.¹² De Afdeling vindt het niet nodig dat die merkbare invloed wordt uitgedrukt in structurele ruimtelijke effecten.

Als voorbeeld noem ik de maatregel van vestigingsbeperking die berust op het beleidsdoel dat winkelleegstand in het stadscentrum moet worden tegengegaan. Dat is een beleidsdoel dat zou kwalificeren als ruimtelijk relevant, en dat voortkomt uit een dwingende reden van algemeen belang, daarover is weinig discussie mogelijk. De maatregel zou in dit voorbeeld in concreto kunnen zien op het verbod van perifere vestiging van een bouwmarkt.¹³ In dat geval zou de evenredigheidsstoets – onder vigeur van de pakketbenadering – waarschijnlijk

- De Afdeling hield er met nadruk de opvatting op na dat detailhandel in Unierechtelijke zin was te beschouwen als het verkeer en de distributie van goederen, niet als een dienst. Men zie de uitspraak Veldhoven Zonderwijk, ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286, TBR 2014/133 m.nt. I. Haverkate en J. van Oosten. Zie ook r.o. 15 in ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75. Uit de noten in TBR blijkt de controverse in de literatuur, waarvoor ook wordt verwezen naar G.H.J. Heutink & A. Franken van Bloemendaal, De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (Deel A), TBR 2014/128 met verwijzingen en vindplaatsen voor de diverse in de literatuur ingenomen standpunten.
- In mijn bijdrage De ontheffingsbevoegdheid ex artikel 4.1a Wro, het Unierecht en de Dienstenrichtlijn, in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), Verwant met verband: ruimte, recht en wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma, Den Haag: IBR 2019, p. 375 e.v., heb ik erover mogen uitweiden, onder aanhaling van de tekst op een prent van Sebald Beham uit 1549: ‘Niment under stesich groser Ding, die im zu thun unmuglich sindt.’
- Gst. 2016/38, zie ook Heutink 2019, noot 13 en de aanhalingen ter plaatse, ten blijke van het feit dat er door schrijvers ook heel anders over werd gedacht.
- Art. 4 lid 3 VWEU.
- Art. 15 lid 3 sub b en c en art. 4 onder 8 Dienstenrichtlijn: beleidsdoelen dienen voort te vloeien uit dwingende redenen van algemeen belang (de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, zie ook noot 21). De toets van noodzaak en evenredigheid betekent dat een beperkende maatregel geschikt moet zijn om de nagestreefde beleidsdoelen te bereiken, dat hij coherent en systematisch is, effectief om de nagestreefde doelen te bereiken, en dat hij niet verder gaat dan nodig is om die doelen te bereiken.

- Het Spanje-criterium is ontleend aan de al genoemde uitspraak HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje). Ter rechtvaardiging van een beperking van de vrije vestiging is vereist: een nauwkeurige analyse dat de beperkende maatregel in het concrete geval leidt tot verwezenlijking van de beleidsdoelen.
- In zoverre een lege huls omdat vrijwel ieder detailhandelsinitiatief van enige betekenis een merkbaar effect zal hebben op beleidsdoelen als leegstand of mobiliteit, reden waarom de Afdeling als regel het criterium hanteert dat ruimtelijke effecten een structureel karakter moeten hebben. Anders gezegd: de dynamiek van de detailhandel betekent dat een nieuw initiatief kan en mag leiden tot enige leegstand, frictieleegstand of tot faillissementen in een bepaalde branche, maar dat een goede ruimtelijke ordening vereist dat structurele leegstand wordt voorkomen. Zie onder meer ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, TBR 2013/161 en ABRvS 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:743, TBR 2014/122 m.nt. G.H.J. Heutink (bestemmingsplan Ekkersrijt-Saturn), met een beschouwing over het begrip structurele winkelleegstand en referenties aan de Dienstenrichtlijn. Vgl. ook de noten van Haverkate en Van Oosten bij ABRvS 25 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2286, TBR 2014/133.
- Onder toelating van andere branches of assortimenten: het moet immers gaan om een vestigingsbeperking. Een algemene aanwijzing met een bestemming die detailhandel in de periferie verbiedt, is een planningeis, die niet onder de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn valt.

slagen als het bevoegd gezag een rapport zou produceren waarin is onderbouwd dat de vestiging van de bedoelde bouwmarkt mogelijk zal leiden tot de sluiting van een enkele winkel in het stadscentrum. De vraag of sprake is van autonome effecten of omstandigheden is niet van belang, oorzakelijkheid evenmin, en de merkbare invloed hoeft geen structureel karakter te hebben.¹⁴

Merkbare invloed – zonder de eis van structurele ruimtelijke effecten – is naar mijn oordeel een betrekkelijk overbodig criterium, en een gradatie zonder ruimtelijke relevantie. In de praktijk zal van iedere ruimtelijke ontwikkeling van enige betekenis een merkbare invloed uitgaan. Er is geen analyse nodig om dat aannemelijk te maken, laat staan een nauwkeurige analyse. De zinvolle bijdrage aan de beleidsdoelen kan met dit vederlichte criterium vrijwel voetstoots worden aangenomen. Daarmee is het Spanje-criterium een dode letter. Ik kan mij niet voorstellen dat het Hof met de uitspraak inzake Deutscher Naturschutzring – die hierna uitvoerig aan de orde komt¹⁵ – heeft beoogd de kernoverweging in de Spanje-zaak zo ver uit te hollen dat de uitspraak voor het Nederlandse ordeningsbestel evengoed niet had kunnen zijn gedaan. De evenredigheid en de noodzaak van de beperking acht de Afdeling in zo'n geval aannemelijk, en de analyse acht de Afdeling voldoende nauwkeurig (omdat daaraan minder hoge eisen worden gesteld). Daarbij moet worden bedacht dat de toepassing van de pakketbenadering – als de hefboom tot de verlichte evenredigheidstoets – door de Afdeling vrijwel voetstoots wordt aangenomen. De Afdeling beschouwt op aangeven van het bevoegd gezag een maatregel als onderdeel van een pakket, en verbindt aan die aanname geen bijzondere voorwaarden. Ik kom daar in de behandeling van de casuïstiek (zie par. 3) op terug.

1.3 Een voorlopige conclusie

Niet kan worden uitgesloten dat de verlichte evenredigheidstoets naar verwachting de nieuwe norm zal worden, omdat in vrijwel alle gevallen de pakketbenadering zal worden toegelaten. Een vestigingsbeperking zal dientengevolge als regel niet worden getoetst aan het door het Hof geïntroduceerde Spanje-criterium, maar aan een verlicht regime, waarbij:

- verwezenlijking van het beleidsdoel (dat zal vaak het tegengaan van leegstand zijn) plaatsmaakt voor een *zinvolle bijdrage* aan het beleidsdoel; en

14. Vanuit de grondslagen van ons ordeningsrecht is die verlichting van de toets niet eenvoudig te begrijpen: als regel wordt toch gehanteerd dat effecten pas ruimtelijk relevant zijn als ze een structureel karakter hebben, en dat ze pas aan een initiatief kunnen worden toegerekend als die effecten door dat initiatief worden veroorzaakt. Men vergelijk de uitvoerige discussie over art. 3.1.6 Bro (de ladder voor duurzame verstedelijking) in het licht van de eis van structurele effecten op de leegstand en causa (de effecten van het initiatief geabstraheerd van autonome effecten), bijv. in Heutink & Franken van Bloemendaal 2014 en G.H.J. Heutink & A. Franken van Bloemendaal, De ladder voor duurzame verstedelijking nader beschouwd (Deel B), TBR 2015/2.

15. HvJ EU 13 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:433 (Deutscher Naturschutzring), zie ook par. 2 e.v. van deze bijdrage.

- de evenredigheidstoets van art. 15 sub c van de Dienstenrichtlijn¹⁶ is beperkt tot het aannemelijk maken van enig risico op *merkbare invloed*. Niet hoeft te worden aangetoond dat de merkbare invloed een structureel karakter heeft, en niet is van belang waardoor de merkbare invloed wordt veroorzaakt (de verlichte evenredigheidstoets).

Zijn we met de pakketbenadering en de verlichte toets terug bij af?¹⁷ Dat valt te bezien, maar de ruimte om bij deze wind nog een norm van enige Europese betekenis te kunnen bezeilen, neemt zienderogen af. Hierna worden in telegramstijl de meest in het oog springende recente Afdelingsuitspraken over het onderwerp behandeld om in kaart te brengen welke eisen aan de rechtvaardiging van een vestigingsbeperking worden gesteld als het gaat om de analyse, de effecten en het pakket aan maatregelen.¹⁸ Concreet is de vraag welke betekenis de verlichte evenredigheidstoets zal hebben voor de bestuursrechtelijke praktijk, en of deze verlichte toets kan worden geëgitimeerd met de door de Afdeling gehanteerde verwijzing naar jurisprudentie van het Hof.¹⁹

2 De motiveringseis volgens het Spanje-criterium nader beschouwd

De motiveringseis in de doctrine was door de Raad van State – op de vleugels van Hofuitspraken zoals Commissie/Spanje²⁰ – zo helder als glas uiteengezet: het bevoegd gezag dat een vestigingsbeperking wil opnemen in een besluit (bijvoorbeeld een planregel of een algemene regel in een verordening) moet allereerst uitleggen

16. Een maatregel die of besluit dat geschikt is ter verwezenlijking van de beleidsdoelen, coherent en systematisch is, effectief en niet verder gaand dan nodig is om de nagestreefde doelen te bereiken, zie ook par. 2 van deze bijdrage en de daar opgenomen verwijzingen.

17. Te weten: in het tijdperk vóór Appingedam, waarin – zie noot 6 (Veldhoven Zonderwijk) – stelselmatig werd aangenomen dat detailhandel geen dienst was.

18. De uitspraken waarin de doctrine van de pakketbenadering is opgetuigd, zijn in hoofdzaak ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:972 (Schijndel), ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:973 (Maastricht), ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:624 (Hardenberg), ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3506 (Apeldoorn) en – op het niveau van de provinciale verordening – ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965 (Decathlon-Schiedam).

19. ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2570, r.o. 17.1, ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965, r.o. 20.11 en ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:973, r.o. 15. Wat minder hoge eisen zijn, wordt niet toegelicht.

20. Zie noot 4 en 11.

wat de beleidsdoelen²¹ zijn – bijvoorbeeld: het tegen- gaan van leegstand in standscentra – en motiveren dat die berusten op dwingende redenen van algemeen belang. Vervolgens zal het bevoegd gezag ter rechtvaardiging van een regel die de vrije vestiging beperkt met een nauwkeurige analyse moeten aantonen dat de *beperkende maatregel* in het *concrete geval* leidt tot *verwezenlijking van de beleidsdoelen*.

2.1 De pakketbenadering: inleidende opmerkingen

De Afdeling heeft vervolgens de vraag gesteld wat er zou moeten gebeuren als een beperkende maatregel zo gedetailleerd of kleinschalig is dat in concrete gevallen geen zichtbare of meetbare effecten zijn vast te stellen. Anders gezegd: hoe te oordelen over een kruimelmaatregel – bijvoorbeeld een verbod op kleinschalige winkeluitbreiding voor een of meer branches in een bepaald verzorgingsgebied, ter voorkoming van winkelleegstand – die in een individueel geval niet tot meetbare resultaten leidt, maar waarvan het bevoegd gezag stelt dat die bij herhaalde toepassing wél zal leiden tot negatieve effecten op de beleidsdoelen, zodat het verbod ook in het individuele, concrete geval als gerechtvaardigde beperking heeft te gelden, nodig voor de verwezenlijking van beleidsdoelen? Een ander voorbeeld: een pakket maatregelen heeft ten doel leegstand in de centra tegen te gaan. Onderdeel van dat pakket is het verbieden van kleine uitbreidingen van bestaande winkels op perifere locaties. De vraag is dan of de effectiviteit van een concreet besluit – bijvoorbeeld van een beperkte winkeluitbreiding van 100 of 200 m² bruto-vloeroppervlakte (bvo),²² waarvan individueel effecten op de nagestreefde doelen nauwelijks zijn aan te tonen – mag berusten op algemene aannames over een extrapolatie (precedentwerking) of de effectiviteit van het pakket aan maatregelen in het algemeen. In uitspraken uit 2018 (Schijndel en Maastricht, zie par. 3) overweegt de Afdeling – mogelijk ter inleiding van de legitimatie van een verlicht motiveringsregime als bestuurlijke handreiking – naar aanleiding van het ontbreken van de mogelijkheid om bij een klein onderdeel van een pakket aan maatregelen het Spanje-criterium onverkort toe te passen:

‘Dan zou immers herhaaldelijk een verzoek kunnen worden gedaan om het oppervlak aan branchevreemde artikelen telkens in geringe mate uit te breiden. Deze uitbreidingen zouden ieder voor zich niet meebrengen dat de nagestreefde doelen niet langer

worden bereikt, maar zouden uiteindelijk toch in de weg staan aan het bereiken van deze doelen. De gedachte van [appellante] dat elk nieuw verzoek aan de Dienstenrichtlijn criteria moet worden getoetst, neemt niet het bezwaar weg aan zo’n salamitactiek.’²³

2.2 De eisen van de praktijk en het hellend vlak; de Hofjurisprudentie

Men zou er uit praktische overwegingen enig begrip voor kunnen hebben, maar het is naar mijn overtuiging fundamenteel onjuist om het Spanje-criterium los te laten. Onder bijzondere omstandigheden kan – ook binnen een zuivere doctrine die berust op kernbegrippen in ons ordeningsbestel – een uitzondering worden gemaakt op de regel, maar het is meen ik van belang daar strikte randvoorwaarden bij aan te geven, in het volle besef dat het Spanje-criterium het anker is van het fundamentele recht op vrije vestiging. Daarvan zou ten gunste van door het bevoegd gezag geformuleerde beleidsdoelen alleen onder strikte voorwaarden mogen worden afgeweken. Ik vind daarvoor een basis in de door de Afdeling aangehaalde Hofuitspraken in de zaak Commissie/ Spanje,²⁴ in HvJ EU 19 oktober 2016²⁵ (hierna: Parkinsonvereniging) en ook in de door de Afdeling centraal gestelde zaak HvJ EU 13 juni 2018 (hierna: Naturschutzring).²⁶ Ik zal deze zaken in paragraaf 2.3 behandelen. Vooruitlopend daarop merk ik op dat de ecartering van de pakketbenadering bijvoorbeeld zou kunnen inhouden:

- dat met een concrete verwijzing naar beleidsregels duidelijk moet worden gemaakt om welk pakket aan individuele maatregelen het gaat, en waarom die maatregelen met het oog op de beleidsdoelen een pakket vormen (vaststelling door het bevoegd gezag en consistente gezamenlijke toepassing);
- dat de maatregelen in het pakket zonder uitzondering ruimtelijk relevant moeten zijn (een strikt ruimtelijke oorzaak als onderdeel van een goede ruimtelijke ordening: maatregelen die hebben te gelden als planningeisen als bedoeld in art. 14 van de Dienstenrichtlijn);
- dat het bevoegd gezag – gelet op de beleidsdoelen – met een nauwkeurige analyse kan aantonen welke effecten van de onderscheiden maatregelen in het pakket zijn te verwachten en in welke verhouding die maatregelen, gelet op de effecten, tot elkaar staan (de relatieve zwaarte van de maatregel uitgedrukt in effecten op de beleidsdoelen); en tot slot
- een nauwkeurige onderbouwing, waarin is bevestigd dat de relatieve effecten van de individuele maatregel niet meetbaar zijn, tenzij precedentwerking optreedt én het optreden van die precedentwerking aannemelijk is.

21. De beleidsdoelen moeten voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang, de Europese pendant van onze eisen van een goede ruimtelijke ordening. Dwingende redenen van algemeen belang zijn gedefinieerd in art. 4 onder 8 Dienstenrichtlijn. Vanuit omgevingsrechtelijk perspectief worden tot die dwingende redenen gerekend: '[r]edenen die als zodanig zijn erkend door het Hof van Justitie, waaronder (...) bescherming van het milieu en het stedelijk milieu' (vgl. HvJ EG 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141 (Hartlauer), punt 36 en HvJ EG 4 juni 2002, C-367/98, ECLI:EU:C:2002:326 (Commissie/Portugal)).

22. In de regel gemeten volgens NEN 2580.

23. Zie ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195 (Maastricht), r.o. 13.12.

24. Zie noot 11.

25. HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15 ECLI:EU:C:2016:776 (Deutsche Parkinson Vereinigung).

26. HvJ EU 13 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:433 (Deutscher Naturschutzring).

Een eerste gedachte immers zou zijn dat het effect van de grote schaal aannemelijk zal moeten worden gemaakt, en de tweede dat het bevoegd gezag aannemelijk zal moeten maken dat de gevreesde toepassing op grote schaal zonder het bedoelde verbod ook zal plaatsvinden (anders gezegd: dat de enkele toepassing een precedent is dat zal worden herhaald). De nauwkeurige analyse zou in dat geval ten minste concrete data moeten bevatten waaruit blijkt dat toepassing van de vestigingsbeperking in een individueel concreet geval noodzakelijk is, omdat zich zonder die toepassing vergelijkbare gevallen zouden voordoen, met zodanige effecten dat aannemelijk is (waarover op gelijke wijze zou moeten worden geoordeeld) dat het beleidsdoel niet kan worden verwezenlijkt.²⁷ Anders gezegd: de verwezenlijking van het beleidsdoel dient te nopen – mede gelet op art. 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn – tot de vestigingsbeperking in het individuele geval, ook al is in dat concrete geval geen sprake van meetbare aan de beleidsdoelen contraire effecten. Kortom: een, gelet op de feiten en omstandigheden, aannemelijke precedentwerking, én de onderbouwing dat die effecten gelet op de beleidsdoelen ruimtelijk onaanvaardbaar zijn.

De Afdeling lijkt dat anders te zien. Zij heeft beslist dat een vestigingsbeperking waarvan in het individuele geval geen effecten in kaart zijn te brengen (dat zal in de regel zijn omdat ze niet optreden) toch kan worden gerechtvaardigd als die maatregel onderdeel is van een pakket aan maatregelen. In dat geval is de verwezenlijking van de beleidsdoelen niet vereist, maar mag het gaan om een zinvolle bijdrage daaraan. Dat sprake is van een pakket aan maatregelen wordt door de Afdeling vrijwel voetstoots aangenomen. De maatregelen hoeven niet in onderling verband te worden aangetoond, ze hoeven (voorshands) niet of niet allemaal als ruimtelijk relevant te kwalificeren, en het verband met de beleidsdoelen hoeft niet te worden aangetoond. Het lijkt erop – en zo zal de bestuurlijke praktijk zich naar mag worden verwacht ontwikkelen – dat, een enkele uitzondering daargelaten, altijd sprake zal zijn van een pakket aan maatregelen (en vrijwel nooit van een individuele maatregel), zodat de gemitigeerde motiveringseis die accessoir is aan de pakketbenadering in vrijwel iedere casus in stelling kan en zal worden gebracht: de pakketbenadering zal zich daarmee naar verwachting ontwikkelen als de nieuwe norm voor alle onder de Dienstenrichtlijn te beoordelen vestigingsbeperkingen, en zal de sleutel worden tot een structurele en systematische afwijking van het Spanje-criterium.

27. NB De doctrine is dat de beperkende maatregel in het concrete geval leidt tot verwezenlijking van het beleidsdoel. Het spiegelbeeld is dat het niet toepassen van de beperking leidt tot effecten die contrair zijn aan het beleidsdoel. Gelet op de noodzaak- en evenredigheidseis die berust op art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn, lijkt mij een kernvraag in hoeverre de bedoelde negatieve effecten meetbaar of merkbaar moeten zijn, en in hoeverre die contraire effecten structureel van aard moeten zijn om te kwalificeren als ruimtelijk effect, contrair aan het beleidsdoel.

2.3 Parkinsonverein en Spanje in samenhang met Naturschutzring nader beschouwd

De Afdeling heeft het verlichte motiveringsregime onder verwijzing naar een aantal Hofuitspraken geïntroduceerd, waarbij een balans is gezocht tussen het Spanje-criterium en Naturschutzring. De laatste uitspraak vormt de basis voor de opvatting van de Afdeling dat een maatregel die de vrije vestiging beperkt *niet* tot verwezenlijking van de beleidsdoelen hoeft te leiden als de beperking onderdeel uitmaakt van een pakket aan maatregelen. Bij een pakket komt de eis van volledige verwezenlijking van de beleidsdoelen te vervallen en volstaat dat de maatregel daaraan een zinvolle bijdrage levert.

Er is met de prejudiciële vragen en de Hofuitspraak inzake Appingedam (C-31/16) de nodige structuur gebracht in de wijze waarop vanuit het bevoegd gezag en de rechterlijke macht moet worden omgegaan met besluiten, regels of visies die het recht op vrije vestiging van de dienst detailhandel belemmeren. De antwoorden van het Hof waren even duidelijk als de vragen van de Afdeling:²⁸

- Detailhandel is een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn²⁹ en de Dienstenrichtlijn is van toepassing in situaties waarin de relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen, hij moet ook bij zuiver interne aangelegenheden worden toegepast.³⁰
- Een in een bestemmingsplan opgenomen territoriale beperking is een vergunningeis in de zin van art. 4 lid 7 van de Dienstenrichtlijn.³¹
- Een vergunningeis moet worden getoetst aan art. 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn. Hij behoort allereerst te kwalificeren als zuivere planningeis in de zin van art. 14 lid 5 van de Dienstenrichtlijn (het verbod van economische eisen). Een eis die een territoriale beperking inhoudt, moet een dwingende reden van algemeen belang dienen die deze beperking rechtvaardigt (art. 15 lid 3 sub b van de Dienstenrichtlijn).
- De bescherming van het stedelijk milieu is een dwingende reden van algemeen belang.³² Een beperking dient non-discriminatoire, noodzakelijk en evenredig te zijn.³³

Deze basis is helder vertaald in de Afdelingsuitspraak. De richtlijnconforme interpretatie van een beperking houdt in dat een vestigingsbeperking (of een besluit tot toepassing van een beperkende regeling) een zinvolle bijdrage behoort te leveren aan verwezenlijking van de

28. Zie Heutink 2019, p. 378. In de onderhavige bijdrage zijn meerdere onderdelen uit deze bijdrage in de vriendenbundel van Jan Struiksma verwerkt.

29. Zaak C-31/16, punten 84 en 97.

30. Zaak C-31/16, punten 98 en 110.

31. Zaak C-31/16, punten 113, 119 en 120. NB De voorwaarden die aan vergunningstelsels worden gesteld, zijn gelijklopend aan de voorwaarden die aan vergunningeisen worden gesteld. Men vergelijkte art. 9 lid 1 met art. 15 lid 3.

32. Zaak C-31/16, punten 134 en 135; concl. A-G van 18 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:397, punt 147.

33. Zaak C-31/16, punten 121 en 124-133.

doelstellingen van het detailhandelsbeleid. Het bevoegd gezag zal bij een beperkend besluit ‘ter rechtvaardiging van een afwijking van het beginsel van vrijheid van vestiging een analyse te voegen van de geschiktheid en de evenredigheid van de door hem genomen beperkende maatregel, en moet’ – althans als regel – ‘zijn betoog met nauwkeurige gegevens staven’.³⁴

Wat een analyse dient in te houden is kortom klip-en-klaar als de beperkende maatregel géén deel uitmaakt van een pakket aan maatregelen: uit nauwkeurige, controleerbare en verifieerbare gegevens in de analyse moet blijken dat de maatregel leidt tot verwezenlijking van het beleidsdoel. Maar het probleem is – zoals we al hebben gesignaleerd – dat die situatie tot de uiterst zeldzame uitzonderingen zal gaan behoren, en ook al behoort. Bij mijn weten zijn er hier te lande geen uitspraken gedaan in gevallen waarin niet op de een of ander wijze toepassing is gegeven aan de gemitigeerde motiverings-eis die behoort bij de pakketbenadering.

Naar het oordeel van de Afdeling dient onder verwijzing naar Spanje, Parkinsonverein en Naturschutzring³⁵ te worden vastgesteld of toepassing van de beperkingen als onderdeel van het pakket aan maatregelen een zinvolle bijdrage levert aan de verwezenlijking van de beleidsdoelstellingen.³⁶ De overweging die de basis vormt voor de pakketbenadering luidt:

‘Het is echter vaste rechtspraak van het Hof dat een maatregel al voor de evenredigheidstoets slaagt indien hij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en dat deze niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling hoeft te kunnen verwezenlijken. De Afdeling verwijst naar het arrest van het Hof van 13 juni 2018, Deutscher Naturschutzring, ECLI:EU:C:2018:433, punt 49.’³⁷

Men bedenke dat deze uitspraak van het Hof allerm minst ziet op de vrijheid van vestiging, maar op het gemeenschappelijk visserijbeleid, het gebruik van bepaald vistuig en de Europese Verordening instandhouding van de biologische rijkdommen van de zee (Naturschutz-

ring).³⁸ Echt iets heel anders. In punt 48 van Naturschutzring³⁹ overweegt het Hof:

‘Gelet op de aard van die doelstelling en op de plaatsing van die habitats in complexe ecosystemen, kan een bepaalde instandhoudingsmaatregel in het algemeen enkel ertoe bijdragen – samen met andere maatregelen – om die doelstellingen te verwezenlijken en kan hij op zichzelf niet volstaan voor de verwezenlijking ervan. Wanneer [Verordening 1380/2013; GH] aldus zou worden uitgelegd dat enkel de vaststelling van maatregelen is toegestaan die elk afzonderlijk toereikend zijn om die doelstelling te verwezenlijken, zou deze bepaling bijgevolg haar nuttige werking verliezen.’

Dat is een kernoverweging voor de context waarop ik in het slot van deze bijdrage terugkom, en die naar mijn idee de basis zou moeten vormen voor een duidelijke (en strengere) ecartering van het verlichte evenredigheidsregime onder vigeur van de pakketbenadering.

2.4 Kanttekeningen bij de verwijzingen

Het is opvallend dat de Afdeling juist hier haar netten heeft uitgegooid en een argument heeft gevonden om de aannemelijkheidseis in de Spanje-uitspraak te mitigeren (punt 49 van de Hofuitspraak inzake Naturschutzring is daarvoor met nadruk ingezet).⁴⁰ Ook als punt 49 van Naturschutzring buiten de context van de uitspraak mag worden gelezen, zou daaruit naar ik meen kunnen of moeten worden gedestilleerd dat vóór alles de effectiviteit van het pakket van maatregelen als geheel moet worden aangetoond, om vervolgens de effectiviteit van de concrete maatregel – als werkzaam onderdeel van dat pakket – te onderbouwen in die zin dat het bevoegd gezag moet aantonen dat het pakket zónder die concrete maatregel niet kan functioneren. De individuele maatregel hoeft niet in een meetbaar en structureel effect te sorteren, maar hij dient daaraan wel een aantoonbare, wezenlijke – en zinvolle – bijdrage te hebben, en ik zou denken dat mag worden verlangd dat dit met een nauwkeurige analyse dient te worden aangetoond.

34. Zie mijn aanhaling in Heutink 2019 (par. 10) en de daar genoemde uitspraken HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje), punt 83 en HvJ EU 22 december 2008, C-161/07, ECLI:EU:C:2008:759 (Commissie/Oostenrijk), punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

35. HvJ EU 13 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:433 (Deutscher Naturschutzring), HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje) en HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776 (Deutsche Parkinson Vereinigung eV).

36. ABRVS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:965 (Decathlon-Schiedam), r.o. 20.11: ‘Zoals volgt uit de uitspraken van de Afdeling van 19 december 2018, Maastricht, ECLI:NL:RVS:2018:4195, en Schijndel, ECLI:NL:RVS:2018:4196, hoeft het college niet voor elke specifieke beperking die uit de regeling volgt aannemelijk te maken dat deze er op zichzelf toe leidt dat de nagestreefde doelen worden bereikt en dat het achterwege laten daarvan er op zichzelf toe leidt dat de nagestreefde doelen niet worden bereikt.’

37. In Schijndel en Maastricht aangehaald (resp. r.o. 20.1.3 en 13.11).

38. Verordening 1380/2013 en Natura 2000 (92/43): instandhoudingsmaatregelen en visserijbelangen van lidstaten. De Spanje-zaak heeft een volledige connotatie met de Dienstenrichtlijn en detailhandel (het verbieden van grote winkels in specifiek aangewezen gebieden). Parkinsonverein ziet op het vrij verkeer van goederen en door de staat vastgestelde prijzen voor geneesmiddelen.

39. Zie ook de bespreking in Heutink 2019, par. 12.

40. Omdat het Hof ter aangehaalde plaatse aan de overweging toevoegt dat die is gemaakt ‘in het algemeen’. Men zie voor het ecarteren van overwegingen als deze ook HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (Grüne Liga – Freistaat Sachsen), waarin in punt 49 wordt gerefereerd aan punt 99 in de Spanje-zaak (C-400/08): bedoeld is op de strenge eisen waaraan motiveringen van besluiten in samenhang met Unierechtelijke voorschriften behoren te voldoen. Ik meen dat de overweging alleen in zoverre op zichzelf staat dat ‘in het algemeen’ een vergaande motivering kan worden verlangd om te rechtvaardigen dat van een Unierechtelijke doelstelling (zoals een milieudoelstelling of de vrijheid van vestiging) wordt afgeweken, en dat daarvoor ten minste een nauwkeurige en doorwrochte analyse mag worden verwacht (niet de aannemelijkheid van een *merkbare invloed* op basis van een analyse waaraan om onduidelijke redenen *minder hoge eisen* worden gesteld).

Anders gezegd – zie ook punt 48 Naturschutzring –, een mitigerende van motiveringseisen in een concreet, individueel geval kan aan de orde komen als een beperkende bepaling in een Europese verordening haar nuttige werking dreigt te verliezen. Het gaat in deze zaak om de bescherming van de Unierechtelijke doelstelling (in Naturschutzring: de bescherming van het milieu; in Appingedam: de vrijheid van vestiging), niet om een vrijbrief om een doelstelling of fundamenteel recht zonder rechtvaardiging te beperken.

3 De Afdelingsuitspraken

Om een beeld te krijgen van wat wordt bedoeld met zinvolle bijdrage, merkbare effecten en een pakket aan maatregelen behandel ik de kernoverweging die in een aantal recente Afdelingsuitspraken stelselmatig wordt ingezet. Het gaat onder meer om de uitspraken in de zaken ABRvS 1 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:973 (Maastricht), ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:624 (Hardenberg), ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3506 (Apeldoorn) en ABRvS 28 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2570 (Den Haag en Schiedam) en de tussenuitspraak van 27 maart 2019. In al deze zaken is op hoofdlijnen in vergelijkbare zin overwogen.

In r.o. 14.1 in de Schijndel-uitspraak is overwogen:

‘[D]e analyse met specifieke gegevens [mag] zich voor het bestreden onderdeel richten op de bijdrage die de beperking levert aan het bereiken van de doelen die worden nagestreefd met het pakket aan brancheringsmaatregelen. Aannemelijk moet worden dat de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de nagestreefte doelen, dat wil zeggen dat er een voldoende verband moet zijn tussen het onderdeel en het hele pakket.’

In r.o. 14.6 is overwogen:

‘[V]oor de conclusie dat een beperking als onderdeel van een pakket maatregelen effectief is om de doelen te bereiken die met dat pakket worden nagestreefd, [is] niet vereist dat het achterwege laten van die beperking op zichzelf al tot gevolg heeft dat de nagestreefte doelen niet of niet langer worden bereikt.’

De analyse met specifieke gegevens mag bij de pakketbenadering zijn gericht op de bijdrage die de beperking levert aan het bereiken van de met het pakket nagestreefte doelen. Aannemelijk moet worden gemaakt – zo overweegt de Afdeling – dat de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de nagestreefte doelen, dat wil zeggen dat er een voldoende verband moet zijn tussen het onderdeel en het hele pakket. Dat wordt in de uitspraken als regel aangenomen.

Dan overweegt de Afdeling dat voor de analyse of een bestreden (onderdeel van een) pakket aan maatregelen een zinvolle bijdrage levert aan het totale pakket minder hoge eisen gelden dan voor de analyse van de effectiviteit van dat hele pakket. De bijdrage van (onderdelen van) een brancheringsregeling leent zich – zo overweegt de Afdeling consistent en zonder uitzondering – naar haar aard immers minder voor een analyse dan de effecten van de maatregelen tezamen.

Voor de conclusie dat een beperking als onderdeel van een pakket maatregelen effectief is om de doelen te bereiken die met dat pakket worden nagestreefd, is – meent de Afdeling – niet vereist dat het achterwege laten van die beperking op zichzelf al tot gevolg heeft dat de nagestreefte doelen niet of niet langer worden bereikt. De beperking moet een zinvolle bijdrage leveren aan het bereiken van de met het pakket nagestreefte doelen voor de bescherming van het stedelijk milieu.

De Afdeling vervolgt dat voor het bepalen van een zinvolle bijdrage geen algemene regels kunnen worden gegeven. De Afdeling noemt wel voorbeelden, maar past die niet toe. Indien uit onderliggende rapportages kan worden afgeleid dat ‘een merkbare invloed’ aannemelijk is (dat wil zeggen een merkbare invloed die verband houdt met de beleidsdoelen: in concreto kan het gaan om de mogelijke sluiting van een winkel in verband met het beleidsdoel dat winkelleegstand moet worden tegengestaan), is dat voldoende om redelijkerwijs te kunnen concluderen ‘dat de beperking een zinvolle bijdrage levert aan het totale pakket maatregelen’.⁴¹

De eerste in het oog springende vraag is waarom de Afdeling sanctioneert dat een *merkbare invloed* – in de meeste gevallen: op de winkelleegstand – voldoende is om een zinvolle bijdrage van een beperking of een weigeringsbesluit aan te nemen. De samenhang met de pakketbenadering is evident, maar het waarom is minder duidelijk. De Afdeling meent dat het niet hoeft te gaan om structurele effecten of de ruimtelijke onaanvaardbaarheid van effecten. De vraag naar ruimtelijke aanvaardbaarheid is niet van belang, omdat ‘de absolute en de relatieve omvang’ van de effecten bepalend zijn, niet de aanvaardbaarheid daarvan.⁴²

De vraag rijst of met deze overwegingen voldoende duidelijk is waarom ‘voldoende verband’ (een logische en consistente samenhang) tussen de individuele maatregel en deze maatregel als onderdeel van het pakket van betekenis is voor de *zinvolle bijdrage* aan het verwezenlijken van beleidsdoelen. Ik begrijp de overweging aldus dat een logisch en consistent verband tussen een onderdeel van het pakket en het pakket als geheel moet worden gezien als een vereiste of een criterium dat

41. R.o. 14.6 in Schijndel, r.o. 15.6 in Maastricht, r.o. 11.6 in Hardenberg (waar is geoordeeld dat de merkbare invloed niet kon worden aangenomen omdat precedentwerking op basis van de ‘enkele, niet onderbouwde vrees van de raad’ niet kon worden aangenomen) en r.o. 25.5 in Schiedam en Den Haag.

42. R.o. 25.4 in Schiedam en Den Haag.

wordt aangelegd voor het – door het bevoegd gezag – te leveren bewijs dat sprake is van een ‘pakket aan maatregelen’ ter verwezenlijking van beleidsdoelen. Anders gezegd: het zou wenselijk zijn dat de stelling dat de ter beoordeling voorliggende maatregel onderdeel is van een pakket niet voetstoots wordt aangenomen, maar dat het bevoegd gezag dat heeft te stellen en te bewijzen. Daaraan mag ten minste de eis worden gesteld dat de beleidsdoelen bestuursrechtelijke status hebben, waarbij valt te denken aan door het bevoegd gezag vastgestelde beleidsregels waarin die beleidsdoelen zijn neergelegd.

Ten minste zal moeten worden aangetoond uit welke onderdelen het pakket bestaat, dat er een consistent en logisch verband is tussen de onderdelen onderling, en dat er een consistent verband is met de ruimtelijke relevante beleidsdoelen. Dat zou vergen dat alle afzonderlijke maatregelen in het pakket kunnen en moeten worden gedefinieerd, dat al die maatregelen afzonderlijk moeten kwalificeren als ruimtelijk relevant, en dat de afzonderlijke maatregel én het pakket effectief zijn gericht op het verwezenlijken van het beleidsdoel. Een dwingend gevolg is evenzeer dat het bevoegd gezag aan toont dat wellicht niet de afzonderlijke onderdelen, maar wel het gehele pakket voldoet aan de evenredigheidseis en effectief is om de beleidsdoelen te verwezenlijken.

4 Enige vingerwijzingen en voorlopige conclusies voor de praktijk

Gelet op het voorgaande lijkt de verlichte evenredigheidstoets de nieuwe norm te worden. In de praktijk zal in vrijwel alle gevallen de pakketbenadering worden toegepast als het toetsingskader, met deze verlichte toets. De Afdeling neemt het bestaan van een pakket snel aan, en stelt – gezien de behandelde uitspraken – geen bijzondere voorwaarden. Het bevoegd gezag zal geneigd zijn zijn beleidsmaatregelen in de praktijk zo vorm te geven dat een verlichte evenredigheidstoets binnen bereik ligt. Er zal – kortom – voor worden zorg gedragen dat sprake is van een pakket, inclusief een verlichte evenredigheidstoets (zowel in de fase van bestuurlijke heroverweging als in de rechterlijke fase). Een vestigingsbeperking zal dientengevolge als regel niet worden getoetst aan het Spanje-criterium, maar aan de verlichte toets waarbij verwezenlijking van het beleidsdoel plaatsmaakt voor de zinvolle bijdrage, die wordt aangenomen als het risico op merkbare invloed aannemelijk is. Niet hoeft te worden aangetoond dat de merkbare invloed een structureel karakter heeft, en niet is van belang waardoor de merkbare invloed wordt veroorzaakt.

In dit scenario is de pakketbenadering voor het bevoegd gezag op de korte termijn wellicht een toverformule om beleid doelmatig en snel te kunnen executeren, maar op

de lange termijn leidt de benadering ertoe dat ieder marktinitiatief – naar geloven van het bevoegd gezag – kan worden gesmoord ten gunste van de bestaande marktpartijen. Dynamiek en marktvernieuwing dreigen in die situatie te verdwijnen of ten minste ernstig te worden bemoeilijkt of vertraagd, voor nieuwe initiatieven is geen ruimte, en de bestaande partijen worden nauwelijks bedreigd en nauwelijks uitgedaagd hun positie te behouden of te versterken. Dat geeft mij aanleiding tot de volgende observaties:

- de doctrine zou moeten worden heroverwogen of aangevuld op zodanige wijze dat het Spanje-criterium centraal wordt gesteld, met dien verstande dat
- een verlichte toets alleen mogelijk wordt gemaakt in gevallen
 - waarin met een nauwkeurige analyse wordt aangetoond dat de effecten van een afzonderlijke maatregel in een individueel geval niet kunnen worden gemeten, én
 - dat die effecten bij extrapolatie wel kunnen worden gemeten met precedentwerking, én
 - dat wordt aangetoond dat die precedenten zonder de individuele beperking ook zullen optreden (en redelijkerwijs niet kunnen worden tegengegaan).

De facto kan daarmee worden aangesloten op de Hofjurisprudentie – zonder het Spanje-criterium geweld aan te doen, en zonder het belang van de Naturschutzring-overweging te bagatelliseren –, omdat een verlicht regime alleen kan worden toegepast als dat noodzakelijk is voor de verwezenlijking van in de betrokken Uniewetgeving noodzakelijke doelen.⁴³ Ik sluit in het licht van het voorgaande af met een aantal facultatieve vingerwijzingen en een aanmoediging:

- De ecartering (en daarmee: de nauwkeurigheid van de analyse) voor de duiding van het begrip zinvolle bijdrage is voorshands dat voldoende is dat sprake is van een merkbare invloed van effecten. Er is aanleiding dat begrip aan te scherpen tot structurele effecten die ruimtelijk onaanvaardbaar zijn.
- De merkbare invloed zou in dat geval – anders dan nu moet worden aangenomen – ook bij de pakketbenadering onvoldoende moeten zijn om een beperking van de vrije vestiging te rechtvaardigen. Van een zinvolle bijdrage aan de beleidsdoelen is alleen dan sprake als – al of niet bij extrapolatie door precedentwerking – ruimtelijk onaanvaardbare gevolgen worden voorkomen.
- Voor de beleidsdoelen geldt de ruimtelijke kwalificatie al, gelet op de eis dat ze moeten voortvloeien uit dwingende redenen van algemeen belang. Voor de duidelijkheid: het moet gaan om maatregelen die

43. HvJ EU 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (Commissie/Spanje), punt 83, HvJ EU 19 oktober 2016, C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776 (Deutsche Parkinson Vereinigung eV), punt 35, HvJ EU 13 juni 2018, ECLI:EU:C:2018:433 (Deutscher Naturschutzring), punten 49 en 50, en HvJ EU 14 januari 2016, C-399/14, ECLI:EU:C:2016:10 (Grüne Liga – Freistaat Sachsen), punt 49 met referentie aan punt 99 in de Spanje-zaak.

noodzakelijk zijn om de aan het beleidsdoel gekoppelde bescherming van het milieu en het stedelijk milieu te beschermen. Ik meen dat maatregelen daartoe uit de aard der zaak moeten zien op het voorkomen van een structurele, ruimtelijk onaanvaardbare toestand (zoals structurele leegstand of verloedering).

- Doorgaan op deze voet leidt ertoe dat relevante marktinitiatieven daar waar het bevoegd gezag vestigingsbeperkingen heeft geïntroduceerd niet meer zullen worden ontplooid, hetgeen op de lange termijn zowel economisch als ruimtelijk schadelijk is.
- Als effecten niet kunnen worden geanalyseerd omdat de effecten van de individuele maatregel niet meetbaar zijn (afwezig of irrelevant), zal een initiatief kunnen worden getroffen door het risico van precedentwerking. Gelet op de aangehaalde uitspraken heeft het er de schijn van dat ook precedentwerking – voorheen alleen bij uitzondering aan de orde – snel wordt aangenomen. Ik pleit ervoor dat het risico van precedentwerking uitsluitend kan worden aangenomen als blijkens een nauwkeurige analyse moet worden aangenomen dat die precedenten zullen optreden, en niet kunnen worden voorkomen. Dat zal in de praktijk zelden of nooit het geval zijn.
- De aanneming van een pakket aan maatregelen zou inhoudelijk streng moeten worden getoetst. Ik pleit voor:
 - *concretisering* – dat met een concrete verwijzing naar beleidsregels duidelijk moet worden gemaakt om welk pakket aan individuele maatregelen het gaat, en waarom die maatregelen met het oog op de beleidsdoelen een pakket vormen (vaststelling door het bevoegd gezag en consistente gezamenlijke toepassing);
 - *relevantie* – dat de maatregelen in het pakket zonder uitzondering ruimtelijk relevant moeten zijn (een strikt ruimtelijke oorzaak als onderdeel van een goede ruimtelijke ordening: maatregelen die hebben te gelden als planningsgeisen als bedoeld in art. 14 van de Dienstenrichtlijn);
 - *relatieve zwaarte* – dat het bevoegd gezag, gelet op de beleidsdoelen, met een nauwkeurige analyse kan aantonen welke effecten van de onderscheiden maatregelen in het pakket te verwachten zijn en in welke verhouding die maatregelen, gelet op de effecten, tot elkaar staan (de relatieve zwaarte van de maatregel uitgedrukt in effecten op de beleidsdoelen); en tot slot
 - *meetbaarheid* – een nauwkeurige onderbouwing waarin wordt bevestigd dat de relatieve effecten van de individuele maatregel niet meetbaar zijn, tenzij precedentwerking optreedt, én dat het optreden van die precedentwerking aannemelijk is.

– En tot slot: moedig voorwaarts.⁴⁴

44. Om met Reve te spreken, toen die in 1998 werd bevorderd tot Commandeur in de Orde van Oranje-Nassau. 'Maar waarheen?', voegde hij eraan toe.