

Afgewogen vrijheid

Over randvoorwaarden voor de Europese vestigingsvrijheid van grote winkelbedrijven

Mr. dr. H.J. van Harten*

Een lidstaat mag de vestiging van grote winkelbedrijven niet afhankelijk stellen van economische overwegingen zoals het effect van de vestiging op de bestaande handel of het marktaandeel van de betrokken onderneming. Dit blijkt uit het arrest *Commissie/Spanje* waarin het reguleringskader voor de vestiging van grote winkelbedrijven in Catalonië in het licht van de vestigingsvrijheid wordt geplaatst. Het arrest toont een genuanceerde, afgewogen beoordeling van vestigingsregulering. Het zwaartepunt ligt bij de evenredigheidsstoetsing. De uitspraak illustreert het praktische belang van bewijs en procesvoering daarin.

HvJ EU (Tweede kamer) 24 maart 2011, zaak C-400/08, Commissie/Spanje, n.n.g., zie www.curia.eu. Conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 7 oktober 2010.

Inleiding

Waarom is deze zaak interessant om te bespreken? Drie redenen. In de eerste plaats is het arrest een variatie en vervolg op een betrekkelijk klassieke spanning. Het gaat hier in wezen om een *evergreen* van het vrijverkeerrecht: de relatie tussen het recht van de interne markt en de lidstatelijke regulering voor winkelbedrijven. Die verhouding heeft tot de nodige Europeesrechtelijke jurisprudentie geleid. In het arrest *Commissie/Spanje* gaat het om de toegang tot de markt voor met name grote winkelbedrijven in de autonome regio Catalonië in Spanje en hun vestigingsmogelijkheden aldaar. In de tweede plaats illustreert het arrest de genuanceerde *tailor made* aanpak die vereist is voor de beoordeling van specifieke belemmeringen op de vestigingsvrijheid en met name de rechtvaardiging van dit soort belemmeringen uit oogpunt van publiek belang. Ten derde is de uit-

spraak interessant in het licht van de discussie die in Nederland speelde over, onder meer, de gewijzigde Winkeltijdenwet in relatie tot de vrijheden.¹ In de Nederlandse Europeesrechtelijke rechtspraak kwam in dit verband de zondagsluiting van winkels recentelijk aan de orde. Opinies zijn bijvoorbeeld verdeeld over de aanvaardbaarheid van het regime van de Winkeltijdenwet in het licht van de Europese economische vrijheden.² Is het arrest *Commissie/Spanje* van betekenis voor deze discussie?

Wettelijk kader en procesverloop

Het geldende wettelijke kader in deze procedure laat zich niet eenvoudig samenvatten. Voor de specifieke details zij verwezen naar het arrest en de conclusie van advocaat-generaal Sharpston.³ In de kern zit het stelsel als volgt in elkaar. Voor de vestiging van grote winkelbedrijven is volgens de Spaanse nationale wet Ley 7/1996 een specifieke bedrijfsvergunning vereist die wordt afgegeven door de overheid van de autonome regio waar het bedrijf zich wil vestigen. Ook kan een nadere administratieve vergunning vereist zijn. De Catalaanse wet Ley 18/2005 en uitvoeringsbesluiten Decreto 378/2006 en Decreto 379/2006 uit diezelfde autonome regio werken de vestigingsregulering nader uit en stellen materiële en procedurele voorwaarden voor de vestiging van grote winkelbedrijven in Catalonië. In de procedure *Commissie/Spanje* wordt deze regulering in eerste instantie *in algemene zin* aangevochten in het licht van de vestigingsvrijheid.

* Mr. dr. H.J. van Harten is als universitair docent verbonden aan het Europa Instituut, Universiteit Utrecht.

1. Wet van 25 november 2010 tot wijziging van de Winkeltijdenwet met het oog op inkadering van de bevoegdheid om vrijstelling te verlenen of een ontheffingsbevoegdheid toe te kennen in verband met de toeristische aantrekkingskracht van een gemeente, *Stb.* 2010, 796.
2. Zie bijv. 'Wetgeving voor koopzondag strijdig met Europees recht', *Financiële Telegraaf* 25 juni 2010, p. 27.
3. Zie r.o. 2-29, conclusie A-G Sharpston, overweging 5-25.

Het arrest ten gronde

De rechtsvragen van het arrest laten zich lezen in rechtsoverweging 51:

‘Het beroep van de Commissie omvat in wezen drie grieven die betrekking hebben op de onverenigbaarheid met artikel 43 EG van respectievelijk de beperkingen inzake de ligging en de omvang van grote winkelbedrijven, de voorwaarden voor de verkrijging van de specifieke bedrijfsvergunning die is vereist voor de vestiging van dergelijke winkelbedrijven, en bepaalde aspecten van de procedure voor de afgifte van deze vergunning.’

Daarbij bestaat de tweede en de derde grief uit meerdere onderdelen. In het arrest behandelt het Hof van Justitie de grieven chronologisch. Daaraan vooraf schetst het Hof van Justitie het algemene stramien voor de beoordeling van maatregelen onder de sfeer van de vestigingsvrijheid: de toets van beperkingen en rechtvaardigingsgronden voor beperkingen.⁸ Het Hof van Justitie herinnert er allereerst aan dat het in een inbreukprocedure aan de Commissie is om de gestelde niet-nakoming aan te tonen. Daarbij dient de Commissie aan het Hof van Justitie ‘de feitelijke gegevens [te] verschaffen die dit nodig heeft om te kunnen vaststellen of er inderdaad sprake is van deze niet-nakoming, en kan zich daarbij niet baseren op een of ander vermoeden’.⁹ Het Hof van Justitie benadrukt vervolgens dat als de Commissie aanneemt dat de Spaanse regeling marktdeelnemers uit andere lidstaten indirect discrimineert, de Commissie concreet dient aan te tonen dat er verschil in behandeling is tussen grote winkelbedrijven en andere winkelbedrijven en dat dit verschil nadelig uitpakt voor grote winkelbedrijven. De Commissie dient daarnaast bewijs te leveren dat een dergelijk verschil in het voordeel is voor Spaanse marktdeelnemers omdat, de redenering van de Commissie volgend, ‘deze marktdeelnemers de voorkeur geven aan kleine en middelgrote winkelbedrijven, terwijl marktdeelnemers uit andere lidstaten grote winkelbedrijven verkiezen’.¹⁰

Ter ondersteuning van haar standpunt heeft de Commissie weliswaar cijfermateriaal verstrekt, maar dit biedt naar het oordeel van het Hof van Justitie niet voldoende causaal verband voor het ingenomen Commissiestandpunt. De Commissie heeft geen afdoende gegevens aangedragen om de stelling te aanvaarden dat de litigieuze regeling indirect discriminatie van marktdeelnemers uit andere lidstaten ten opzichte van Spaanse marktdeelnemers oplevert.¹¹

Maar volgens vaste rechtspraak staat artikel 49 VWEU ook in de weg aan nationale regelingen die ‘de in het

Aanleiding daarvoor was een klacht van grote detailhandelsondernemingen die begin deze eeuw bij de Commissie werd ingediend. De klagers achtten het Spaanse reguleringskader in strijd met de vestigingsvrijheid. De Commissie was hetzelfde oordeel toegedaan. De Commissie stuurde op 9 juli 2004 in dit verband een aanmaningsbrief naar Spanje. Spanje vond echter dat deze aantijgingen onterecht waren. Eind december 2005 werd in de autonome regio Catalonië Ley 18/2005 aangenomen. Naar oordeel van de Commissie leidde deze wet tot nieuwe beperkingen van de vrijheid van vestiging. Spanje maakte het voornemen kenbaar om de betrokken regeling te wijzigen, mede in het licht van de implementatie van de Dienstenrichtlijn.⁴ Nadat de omzettingstermijn voor de Dienstenrichtlijn verstreek bleek de regeling toch nog niet te zijn aangepast. Dat was de reden voor de Commissie om dit beroep tot niet-nakoming in te stellen.

In zijn arrest herinnert het Hof van Justitie er in de eerste plaats aan dat het ambtshalve kan onderzoeken of aan de voorwaarden van het niet-nakomingsberoep uit artikel 258 VWEU is voldaan. Het Hof van Justitie verwijst daarbij expliciet naar artikel 38 lid 1 sub c Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie. Daaruit volgt dat een verzoekschrift zo duidelijk en nauwkeurig moet zijn dat een verweerder zijn verweer kan voorbereiden en het mogelijk is voor het Hof van Justitie om zijn toezicht uit te oefenen. Dit betekent dat onder meer

‘de wezenlijke elementen, feitelijk en rechtens, waarop het beroep is gebaseerd, coherent en begrijpelijk moeten worden weergegeven in de tekst van het verzoekschrift zelf en dat het petitum op ondubbelzinnige wijze moet zijn geformuleerd, teneinde te vermijden dat het Hof ultra petita recht doet of nalaat op een van de grieven recht te doen.’⁵

Het Hof van Justitie overweegt in dit verband dat de Commissie van het Hof verlangt om niet-nakoming door Spanje vast te stellen wegens beperkingen van de vestigingsvrijheid ‘ingevolge vier wetten en besluiten waarvan de tekst, zoals overgelegd aan het Hof, meer dan 200 bladzijden beslaat, en dat dit verzoekschrift onduidelijkheden bevat.’⁶

In repliek heeft de Commissie dit gerepareerd door een lijst van specifieke beperkingen te geven aan de hand waarvan concrete beperkingen voortvloeien uit het Spaanse wettelijke kader.⁷

4. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (Pb. EU 2006, L 376/36).

5. R.o. 36. Onder verwijzing naar HvJ EU 24 maart 2011, zaak C-211/08, *Commissie/Spanje*, n.n.g., r.o. 32.

6. R.o. 37.

7. Zie r.o. 38-40.

8. R.o. 58-76.

9. R.o. 58 onder verwijzing naar HvJ EG 5 oktober 1989, zaak 290/87, *Commissie/Nederland*, Jur. 1989, p. 3083, r.o. 11 en 12 en HvJ EU 24 maart 2011, zaak C-241/08, *Commissie/Frankrijk*, Jur. 2010, p. I-1697, r.o. 22.

10. R.o. 59.

11. R.o. 60-62.

Verdrag gewaarborgde vrijheid van vestiging door burgers van de Unie kan belemmeren of minder aantrekkelijk kan maken'.¹² Het begrip beperking omvat ook nationale maatregelen die, hoewel zonder onderscheid toepasselijk, 'de toegang tot de markt voor ondernemingen van andere lidstaten ongunstig beïnvloeden en dus de intracommunautaire handel belemmeren'.¹³ Een stelsel van een voorafgaande vergunning voor de oprichting van een onderneming in een andere lidstaat valt daar in het bijzonder onder. De vergunningeis voor de opening van grote winkelbedrijven in de autonome regio Catalonië is daarvan een voorbeeld. Om verschillende redenen is het Hof van Justitie dit oordeel toegedaan. Ten eerste beperkt de regeling de beschikbare vestigingsgebieden en verkoopoppervlakte van nieuwe winkelbedrijven. Ten tweede wordt onder de regeling alleen aan een nieuw winkelbedrijf een vergunning verleend voor zover er geen invloed is op bestaande kleine winkels. Ten derde bevat de regeling verschillende procedurevoorschriften die daadwerkelijk van negatieve invloed kunnen zijn op het aantal aangevraagde en/of afgegeven vergunningen.

Het Hof van Justitie herinnert er vervolgens aan dat beperkingen die zonder discriminatie op grond van nationaliteit van toepassing zijn, hun rechtvaardiging kunnen vinden in dwingende redenen van algemeen belang zolang 'zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken'.¹⁴ Daarbij noemt het Hof van Justitie milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming specifiek en geeft tegelijkertijd aan dat zuiver economische doelstellingen geen dwingende reden van algemeen belang kunnen vormen. De lidstaat die zich op de rechtvaardiging beroept dient weliswaar het bewijs te leveren dat de regeling passend en noodzakelijk is om de nagestreefde rechtmatige doelstelling te bereiken maar de bewijslast daarvoor kan naar het oordeel van het Hof van Justitie niet zo zwaar zijn dat 'de lidstaat positief moet aantonen dat met geen enkele andere voorstelbare maatregel die doelstelling onder dezelfde omstandigheden kan worden verwezenlijkt'.¹⁵ Daarom zal het Hof van Justitie elke door de Commissie gestelde specifieke beperking onderzoeken wat betreft de rechtvaardiging ervan in dwingende redenen van algemeen belang.

12. R.o. 64. Opmerkelijk is dat het Hof van Justitie in deze rechtsoverweging in een zaak over de (economische) vestigingsvrijheid van grootwinkelbedrijven hier verwijst naar de vestigingsvrijheid van de Unieburger.
13. R.o. 64. Onder verwijzing naar HvJ EG 5 oktober 2004, zaak C-442/02, *CaixaBank France*, Jur. 2004, p. I-8961, r.o. 11, HvJ EG 28 april 2009, zaak C-518/06, *Commissie/Italië*, Jur. 2009, p. I-3491, r.o. 64 en HvJ EG 10 februari 2009, zaak C-110/05, *Commissie/Italië*, Jur. 2009, p. I-519, r.o. 37.
14. R.o. 73. Onder verwijzing naar HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer*, Jur. 2009, p. I-1721, r.o. 44, HvJ EG 19 mei 2009, gevoegde zaken C-171/07 en C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e.a.*, Jur. 2009, p. I-4171, r.o. 25 en HvJ EU 1 juni 2010, gevoegde zaken C-570/07 en C-571/07, *Blanco Pérez en Chao Gómez*, n.n.g., r.o. 61.
15. R.o. 75. Onder verwijzing naar HvJ EG 10 februari 2009, zaak C-110/05, *Commissie/Italië*, Jur. 2009, p. I-519, r.o. 66.

Ten aanzien van de eerste grief, gericht op de beperkingen inzake de ligging en de omvang van grote winkelbedrijven, oordeelt het Hof van Justitie dat, anders dan de Commissie betoogt, de beperkingen wel geschikt zijn om de door Spanje aangevoerde doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te bereiken. Toch zijn er specifieke beperkingen die een aanzienlijke invloed hebben op de vestigingsmogelijkheden voor grote winkelbedrijven in Catalonië.¹⁶ In dat geval dient de lidstaat bij de

'door hem aangevoerde redenen ter rechtvaardiging van een afwijking van het beginsel van de vrijheid van vestiging een analyse te voegen van de geschiktheid en evenredigheid van de door hem genomen beperkende maatregel, en moet hij zijn betoog met nauwkeurige gegevens staven'.¹⁷

Op dit punt schiet Spanje tekort. Naar het oordeel van het Hof van Justitie is niet aangetoond dat de betrokken beperkingen noodzakelijk zijn ter bereiking van de nagestreefde doelstellingen. Daarom zijn deze beperkingen niet gerechtvaardigd en is de eerste grief gegrond.

De tweede grief strekt zich uit tot het vereiste van een specifieke bedrijfsvergunning voor de opening van grote winkelbedrijven en de voorwaarden waaronder deze vergunning wordt verleend. De grief bestaat uit zes onderdelen, waarvan de eerste drie gezamenlijk worden beoordeeld door het Hof van Justitie. In de eerste plaats is er de vergunningeis als zodanig. Daarnaast moet op basis van het reguleringskader bij de afgifte van de genoemde vergunning rekening worden gehouden met de aanwezigheid van commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en het effect van een nieuwe vestiging op de commerciële structuur van dat gebied. Daarbij dient een rapport over de vestigingsdichtheid te worden opgesteld. Bij een ongunstig rapport heeft het bindende werking voor de weigering van de gevraagde vergunning. Het rapport dient ongunstig te zijn wanneer de vestigingsdichtheid groter is dan een bepaalde waarde.¹⁸ Spanje voert aan dat met dit kader op algemene wijze doelstellingen van milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming worden nagestreefd. Voor de consumenten is het de bedoeling een efficiëntere mededinging te verzekeren wat betreft prijs, kwaliteit en keuze. Volgens de Commissie streven de bepalingen zuiver economische doelstellingen na en zijn ze bedoeld om kleine buurtwinkels te beschermen.

Het Hof van Justitie gaat niet mee met het standpunt van de Commissie inhoudende dat het vereiste van een voorafgaande vergunning als zodanig verder gaat dan noodzakelijk. De Commissie heeft in dit verband 'niet in haar verzoekschrift en evenmin in repliek en ter terechtzitting [...] aangegeven in welk opzicht met dat

16. Zie r.o. 81.
17. R.o. 83. Onder verwijzing naar HvJ EG 22 december 2008, zaak C-161/07, *Commissie/Oostenrijk*, Jur. 2008, p. I-10671, r.o. 36.
18. Op basis van art. 6 lid 1 Ley 7/1996, art. 6 lid 2 eerste alinea Ley 7/1996, art. 8 Ley 18/2005 en de art. 31 lid 4 en 33 lid 2 van Decreto 378/2006.

vereiste als zodanig zuiver economische doelstellingen worden nagestreefd'.¹⁹ De voorafgaande vergunningeis is geschikt in het kader van milieubescherming en ruimtelijke ordening.

Daarentegen stelt het Hof van Justitie vast dat de voorwaarde om rekening te houden met de aanwezige commerciële voorzieningen en het effect van een nieuwe vestiging voor de commerciële structuur, betrekking heeft op de 'gevolgen voor de bestaande handel en de structuur van de markt, en niet op consumentenbescherming'.²⁰ Hetzelfde gaat op voor de maxima voor vestigingsdichtheid en het effect op de bestaande handel. Dergelijke overwegingen zijn wel zuiver economisch en kunnen daarom geen dwingende reden van algemeen belang vormen.

De Commissie betwist voorts de verplichting tot raadpleging van het Tribunal de Defensa de la Competencia voor de verkrijging van de specifieke bedrijfsvergunning in het licht van de vestigingsvrijheid. Door de raadpleging van deze mededingingsrechter worden echter, zoals Spanje stelt, doelstellingen van ruimtelijke ordening, milieubescherming en consumentenbescherming nagestreefd. Naar het oordeel van het Hof van Justitie heeft de Commissie 'niet uiteengezet waarom de door Spanje aangevoerde rechtvaardigingsgronden volgens haar niet kunnen worden aanvaard',²¹ zodat dit onderdeel moet worden afgewezen, mede omdat de advocaat-generaal in haar conclusie aangaf dat dit niet-bindende rapport geschikt is uit oogpunt van genoemde publieke belangen en niet verder gaat dan ter bereiking daarvan noodzakelijk is.

Op basis van het reguleringskader is het vereist dat een commissie voor commerciële voorzieningen wordt geraadpleegd.²² Dit vormt het vijfde onderdeel van de tweede grief van de Commissie, want deze commissie is samengesteld uit potentiële concurrenten van de marktdeelnemer die een nieuw groot winkelbedrijf in Catalonië wil vestigen. Het Hof van Justitie acht de instelling van een dergelijke commissie geschikt om de doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te bereiken. Daarbij gaat het bestaan en de taken ervan als zodanig niet verder dan noodzakelijk is ter bereiking van deze doelstellingen, zoals ook de advocaat-generaal in haar conclusie heeft opgemerkt. De samenstelling van de commerciële commissie is echter niet geschikt naar het oordeel van het Hof van Justitie. Het stelt namelijk vast dat in deze commissie alleen het sectorale belang van de bestaande handel wordt vertegenwoordigd. Het Hof van Justitie komt tot de conclusie dat

'een aldus samengesteld orgaan, waarin de aan milieubescherming en consumentenbescherming verbonden belangen niet zijn vertegenwoordigd, terwijl

potentiële concurrenten van de vergunningaanvrager wel zijn vertegenwoordigd, [...] geen geschikt middel [kan] zijn ter verwezenlijking van de doelstellingen van ruimtelijke ordening, milieubescherming en consumentenbescherming'.²³

Het zesde onderdeel van de tweede grief van de Commissie omvat de kennelijk onduidelijke voorwaarden op basis waarvan de Generalitat (de Catalaanse regering) of een lokale gemeente op aanvragen voor een bedrijfsvergunning moet beslissen. Op basis van artikel 10 Ley 18/2005 dient de vergunningverlener te letten op de veiligheid van het project, de integratie van het winkelbedrijf in de stedelijke omgeving, de door het project gegenereerde verkeersstromen en het recht van de consument op een breed en gevarieerd aanbod wat de kwaliteit, kwantiteit, prijzen en kenmerken van producten betreft. De Commissie stelt dat vergunningaanvragers met deze criteria hun kansen op een vergunning niet nauwkeurig kunnen inschatten en de autoriteiten over een te grote beoordelingsvrijheid beschikken. Het gaat niet zozeer om de aard van de criteria alswel om de onduidelijkheid ervan. Het Hof van Justitie stelt vast dat

'de integratie in de stedelijke omgeving, de gevolgen voor het gebruik van wegen en openbaar vervoer, en de veelheid aan keuze voor de consument legitieme criteria zijn bij de beoordeling of een winkelbedrijf mag worden geopend, evenwel [moet] erop worden gewezen, zoals de advocaat-generaal in punt 116 van haar conclusie doet, dat het moeilijk is vooraf nauwkeurige drempels of maxima vast te stellen die niet een zekere rigiditeit meebrengen waardoor de vrijheid van vestiging mogelijkwijs nog meer wordt beperkt'.²⁴

Omdat deze criteria niet zo onduidelijk zijn dat ze ongegeschikt zouden zijn om de doelstellingen te verwezenlijken moet dit zesde onderdeel naar het oordeel van het Hof van Justitie worden afgewezen.

De derde grief van de Commissie bestaat uit drie onderdelen die zich richten op procedurele aspecten voor de afgifte van bedrijfsvergunningen. Het eerste onderdeel betwist het mechanisme van een stilzwijgende afwijzing in Ley 18/2005. Het Hof van Justitie geeft aan dat een systeem waarin een vergunningaanvraag na het verstrijken van de beslistermijn als toegewezen moet worden beschouwd minder beperkend kan zijn. De lidstaat hoeft echter ter rechtvaardiging van een beperking op grond van een dwingende reden van algemeen belang slechts aan te tonen dat de regeling passend en noodzakelijk is voor het bereiken van de nagestreefde doelstelling. De bewijslast voor een lidstaat kan daarbij 'niet zo zwaar zijn dat deze lidstaat positief moet aantonen dat met geen enkele andere voorstelbare maatregel die doelstelling onder dezelfde omstandigheden kan worden verwe-

19. R.o. 90.

20. R.o. 96.

21. R.o. 102.

22. R.o. 104. Het vijfde onderdeel van de tweede grief heeft betrekking op het uit art. 11 Ley 18/2005 en art. 26 Decreto 378/2006 voortvloeiende vereiste dat de commissie voor commerciële voorzieningen wordt geraadpleegd.

23. R.o. 111.

24. R.o. 117.

zenlijkt'.²⁵ In dit verband kan aan lidstaten niet de mogelijkheid worden ontzegd om uit oogpunt van publiek belang een systeem in te voeren dat gemakkelijk kan worden gehandhaafd en gecontroleerd.²⁶ De stilzwijgende afwijzing is daar een voorbeeld van; daarbij speelt mee dat de aanvrager van een vergunning zich na een impliciete weigering tot de rechter kan wenden. Daarom wordt dit onderdeel afgewezen. Daarnaast stelt de Commissie als tweede onderdeel dat de kosten voor de behandeling van een vergunningaanvraag en het rapport over de vestigingsdichtheid onevenredig hoog zijn en ertoe leiden dat marktdeelnemers zich niet vestigen in Catalonië. Naar het oordeel van het Hof van Justitie is hier sprake van een 'redelijke weergave van de totale kosten'; bovendien biedt de wijze van vaststelling met een vast bedrag per vierkante meter een transparant systeem voor de kosten van de procedure, zodat dit onderdeel ook moet worden afgewezen.²⁷ Het derde onderdeel van de derde grief richt zich op de redelijkheid van de termijnen voor de verkrijging en de geldigheid van het rapport over de vestigingsdichtheid. Omdat het vereiste van dit rapport niet kan worden gerechtvaardigd is het Hof van Justitie van oordeel dat dit onderdeel verder niet hoeft te worden onderzocht.

Commentaar

Zoals eerder in deze bijdrage gesteld toont het arrest aan dat voor de beoordeling van belemmeringen van de vestigingsvrijheid een genuanceerde, specifieke aanpak vereist is. De uitspraak illustreert het belang van een grondige procesvoering en de rol van bewijs bij de beoordeling van enerzijds het karakter van de belemmering en anderzijds de toetsing van een rechtvaardigend publiek belang in het licht van evenredigheidsbeginsel. Daarin is het arrest niet opzienbarend, maar wel een sprekend voorbeeld. Er is een aantal elementen dat nadere aandacht verdient.

Merkwaardige procesvoering

De betekenis van het arrest wordt gekleurd door de procesvoering van zowel de Commissie als Spanje. Advocaat-generaal Sharpston is ongemeen fel in haar conclusie bij dit arrest. Zo stelt ze onder andere vast dat 'wel vereist [is] dat de Commissie een duidelijke zaak aan het Hof voorlegt. In dit geval laat de duidelijkheid nogal te wensen over'²⁸ en zou naar haar oordeel 'een vaststelling in de door de Commissie gebruikte bewoordingen niet bepaald voldoen aan de eisen van rechtszekerheid, en amper bijdragen aan de duidelijkheid die de Commissie zelf van het Hof hoopt te verkrijgen'.²⁹ Daarnaast is het bijvoorbeeld naar het oordeel van de advocaat-generaal

'niet gemakkelijk om uit het beroep van de Commissie nadere aanwijzingen te halen',³⁰ en is het ten aanzien van de stelling dat er sprake is van indirecte discriminatie vereist dat 'hoe dan ook de Commissie het bewijs [dient] te leveren en dat [is] op dit zeer belangrijke punt naar mijn oordeel geenszins gebeurd'.³¹ De merkwaaardige manier van procederen door de Commissie laat wat dit betreft vraagtekens achter; een nadere verklaring ervoor is in het arrest niet te vinden. Het Hof van Justitie vereist dat in het kader van een beroep tot niet-nakoming concreet wordt geprocedeerd. En dat betekent dat niet zomaar vier Spaanse wettelijke regelingen van in totaal meer dan 200 bladzijden aan het Hof van Justitie kunnen worden gepresenteerd met de algemene stelling dat daaruit beperkingen voortvloeien.³² De Commissie dient de beperkingen in het licht van een fundamentele vrijheid specifiek te onderbouwen en een stelling die uitgaat van de aanwezigheid van indirecte discriminatie op grond van nationaliteit, terecht, van concreet en voldoende bewijs te voorzien.

Maar ook Spanje is qua procesvoering een en ander te verwijten. Spanje stelt zich volledig op het algemene standpunt dat de eventuele bestaande belemmeringen hoe dan ook gerechtvaardigd zijn door dwingende redenen van algemeen belang. Ook hier spreekt advocaat-generaal Sharpston in niet mis te verstane bewoordingen. Zo had 'een meer toegespitste benadering van de Spaanse regering de taak van het Hof kunnen verlichten',³³ en volstaat het bijvoorbeeld niet dat Spanje

'aantoont dat dergelijke beperkingen geschikt zijn om de verwezenlijking van milieudoelstellingen te waarborgen. Spanje dient eveneens aan te tonen dat de gestelde beperkingen niet verder gaan dan noodzakelijk is, door bijvoorbeeld alternatieve (minder beperkende) maatregelen te noemen en uit te leggen waarom de doelstelling daarmee niet op toereikende wijze kan worden bereikt. Ik vind daarvoor geen bewijzen of argumenten (anders dan louter stellingen) in de memories van de Spaanse regering, die dergelijke bewijzen of argumenten evenmin ter terechtzitting heeft aangedragen'.³⁴

Ten aanzien van de evenredigheid van de stilzwijgende afwijzing van een vergunning heeft Spanje naar het oordeel van de advocaat-generaal 'geen tegenargumenten aangevoerd en heeft daarom de Commissie mijns inziens noodzakelijkerwijs gelijk'.³⁵ Het Hof van Justitie zelf maakt ook ten aanzien van de beoordeling van de eerste grief bijvoorbeeld duidelijk dat Spanje met betrekking tot de evenredigheid van beperkingen inzake de ligging en de omvang van grote winkelbedrijven gewoonweg 'onvoldoende gegevens heeft aangedragen om te verkla-

25. R.o. 123.

26. R.o. 124. Onder verwijzing naar HvJ EU 16 december 2010, zaak C-137/09, *Josemans*, n.n.g., r.o. 82.

27. R.o. 129-130.

28. Conclusie A-G Sharpston, overweging 34.

29. Conclusie A-G Sharpston, overweging 42.

30. Conclusie A-G Sharpston, overweging 43.

31. Conclusie A-G Sharpston, overweging 60. Zie eveneens overweging 44.

32. Zie r.o. 42.

33. Conclusie A-G Sharpston, overweging 34.

34. Conclusie A-G Sharpston, overweging 94.

35. Conclusie A-G Sharpston, overweging 119. Het Hof van Justitie is wat betreft dit punt soepeler in het arrest door dit onderdeel wel te accepteren en het Spaanse stelsel acceptabel te achten, zie r.o. 123-126.

ren waarom de betrokken beperkingen noodzakelijk zijn ter bereiking van de nagestreefde doelstellingen'.³⁶ Tegen die achtergrond is het moeilijk rechtspreken, maar toch geeft het arrest mijns inziens nog voldoende afweging om van bredere betekenis te zijn voor de ontwikkeling van het Europees recht dan de enkele beslissing op het niet-nakomingsberoep tegen Spanje.

Indirecte discriminerende belemmeringen?

Tussen de regels van het arrest en de procedure speelt in algemene zin het spanningsveld van Europeanisering, wellicht zelfs globalisering. Uit het Spaanse stelsel volgt een grote terughoudendheid ten aanzien van de vestiging van grote winkelbedrijven in Catalonië. In de procedure komt dit het duidelijkst naar voren in het kader van de stringente regels die gelden voor hypermarkten. Feitelijk leidt dit tot een bescherming van kleinere winkelbedrijven. Daarmee komen volgens de Commissie de beperkingen 'ten goede aan de in Catalonië typische kleinere structuren – en dus aan buurtwinkels en worden grotere winkels waaraan marktdeelnemers uit andere lidstaten de voorkeur geven, daardoor benadeeld'.³⁷ De idee van de Commissie dat een dergelijk reguleringskader erg belemmerend kan werken voor de vestigingsvrijheid van grote winkelbedrijven is best begrijpelijk. Alleen lijkt het erop dat de Commissie in de procedure in haar positie doorschiet en gewoonweg onvoldoende concreet bewijs aanlevert voor de harde stelling dat sprake is van indirect discriminerende belemmeringen die zelfs niet gerechtvaardigd kunnen worden door de rechtvaardigingsgronden uit het Verdrag van artikel 52 lid 1 VWEU.³⁸ Spanje wijst deze stelling overigens van de hand: weliswaar bestaan er enkele beperkingen maar deze leiden in ieder geval niet tot discriminatie, ook niet indirect, op grond van nationaliteit.

De Commissie heeft een redenering opgetuigd die erop neerkomt dat het reguleringskader feitelijk marktdeelnemers uit andere lidstaten benadeelt ten opzichte van Spaanse marktdeelnemers. Om die stelling te staven stelt de Commissie dat er in de regulering een verschil bestaat tussen enerzijds grote en anderzijds middelgrote en kleine winkelbedrijven en dat dit verschil in het voordeel is voor de Spaanse, Catalaanse, marktdeelnemers die, kennelijk, de voorkeur geven aan kleinere winkelbedrijven en een nadeel vormt voor de marktdeelnemers uit andere lidstaten die een voorkeur geven aan grote winkelbedrijven. Die laatste stelling komt eerlijk gezegd op het eerste gezicht al opmerkelijk over. Maar wil deze stelling voor het Hof van Justitie in rechte stand houden, dan blijkt uit *Commissie/Spanje* dat de Commissie dit toch echt concreet dient te bewijzen. Weliswaar verstrekt de Commissie in dit verband wat cijfermateriaal waardoor enige elementen van deze stelling lijken te stroken, maar in het aangeboden materiaal worden gewoonweg onvoldoende gegevens gepresenteerd waaruit blijkt dat deze stelling juist is. Het is een goed signaal dat het Hof van Justitie, zoals in dit arrest, concreet

bewijs eist wanneer de stelling van indirect discriminatie wordt aangevoerd en daar ook aan toetst. Dit is juist ook voor nationale Europeesrechtelijke rechtspraak van belang: de stelling dat sprake is van indirecte discriminatie moet onderbouwd worden door de partij die de stelling poneert.

Toch schuilen er in het Spaans-Catalaanse reguleringskader natuurlijk nog wel gewoon belemmeringen van de vestigingsvrijheid, want de verbodsnorm onder de vestigingsvrijheid verbiedt ook maatregelen die de vestiging belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken. Ondanks de kritiek die het Hof van Justitie uitspreekt over de procesvoering van de Commissie ten aanzien van initiële presentatie van het Spaanse wettelijke kader, geeft het Hof in het arrest een *algemene* stempel wat betreft de aanwezigheid van belemmeringen:

'de litigieuze regeling, *in haar geheel bezien*, heeft tot gevolg dat de uitoefening, door marktdeelnemers uit andere lidstaten, van activiteiten in de autonome regio Catalonië via een vaste inrichting wordt belemmerd en minder aantrekkelijk wordt gemaakt, en dat de vestiging van deze marktdeelnemers op de Spaanse markt dus ongunstig wordt beïnvloed'. (cursive-ring HVH)³⁹

Is dit niet de pot die de ketel verwijt dat hij zwart ziet? Ten aanzien van de belemmeringstoets hanteert het Hof dus zelf wel een algemene benadering van het wettelijk kader en is de bewijslast veel beperkter voor diegene die zich op de vrijheid beroept.

In verband met de belemmeringstoets is de interventie van Denemarken interessant. Deze krijgt in het arrest van het Hof van Justitie geen expliciete aandacht, maar wordt wel geanalyseerd in de conclusie van advocaat-generaal Sharpston.⁴⁰ Denemarken stelt een beperktere reikwijdte van het verbod van belemmeringen in het kader van de vestigingsvrijheid voor. Het zoekt onder meer de aansluiting bij het *Keck*-arrest.⁴¹ Het zou, wat Denemarken betreft, bij nationale regelingen die marktverhoudingen voor alle ondernemingen regelen *alleen* moeten gaan om de regelingen die rechtstreeks van invloed zijn op de toegang van buitenlandse marktdeelnemers tot de markt. Daarbij zouden enkel wezenlijke beperkingen van de toegang tot de markt in de rechtspraak van het Hof van Justitie worden verboden.⁴² Bovendien vallen regelingen waarvan de invloed te

36. R.o. 84.

37. Conclusie A-G Sharpston, overweging 1, zie ook overweging 79.

38. Zie conclusie A-G Sharpston, overweging 38.

39. R.o. 70 en in r.o. 72: 'Vastgesteld moet dan ook worden dat de litigieuze regeling, in haar geheel bezien, een beperking van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 43 EG vormt.'

40. Conclusie A-G Sharpston, overweging 64-77.

41. HvJ EG 24 november 1993, gevoegde zaken C-267/91 en C-268/91, *Keck en Mithouard*, Jur. 1993, p. I-6097. Zie daarover uitvoerig K.J.M. Mortelmans, 'De Keck-check', *NTER* 2005/11-12, p. 247-261.

42. Onder verwijzing naar onder meer HvJ EG 5 oktober 2004, zaak C-442/02, *CaixaBank France*, Jur. 2004, p. I-8961 en HvJ EG 28 april 2009, zaak C-518/06, *Commissie/Italië*, Jur. 2009, p. I-3491.

onzeker en indirect is buiten het verbod⁴³ en zou het logisch zijn dat er een vorm van drempel ten aanzien van het belemmeringenverbod bestaat. Tenslotte roept Denemarken op dat het belemmeringenverbod ten aanzien van de vestigingsvrijheid analoog aan het belemmeringenverbod in het kader van het vrijegoederenverkeer zou moeten worden uitgelegd. Onder de reikwijdte van het vrijegoederenverkeer vallen bepaalde lidstatelijke maatregelen ten aanzien van verkoopmodaliteiten en, wat Denemarken betreft, het gebruik van producten *niet* onder het belemmeringenverbod wanneer deze rechtstreeks van invloed zijn op de toegang tot de markt.⁴⁴ Eenzelfde aanpak zou moeten gelden voor de uitleg van het verbodsnorm in het kader van artikel 49 VWEU. Advocaat-generaal Sharpston kan in haar conclusie begrip voor deze benadering opbrengen, maar acht zo'n benadering in deze zaak niet mogelijk: de beperkingen die uit het Spaanse reguleringskader voortvloeien kunnen weliswaar niet allemaal onder één categorie worden gebracht, toch hebben ze allemaal ten minste een merkbare negatieve invloed op de vestigingsmogelijkheden en zijn gedeeltelijk duidelijk reëel, wezenlijk niet onzeker (met name ten aanzien van de beschikbare vestigingsplaatsen en de beperkingen aan verkoopoppervlakte en het maximale marktaandeel voor vergunningaanvragers). Het Hof van Justitie heeft kennelijk ook geen reden gezien om in deze zaak inhoudelijk aandacht te besteden aan het pleidooi van Denemarken: het volgt de benadering uit vaste rechtspraak, het reguleringskader creëert belemmeringen. De logische consequentie daarvan is dat moet worden nagegaan of de bestaande belemmeringen gerechtvaardigd zijn uit het oogpunt van publiek belang.

Rule of reason: alle publieke belangen, behalve zuiver economische overwegingen

Spanje stelt dat het reguleringskader rechtvaardiging vindt in publiek belang, in het bijzonder in het licht van consumentenbescherming, milieubescherming en ruimtelijke ordening.⁴⁵ Het Hof van Justitie erkent, onder verwijzing naar concrete voorbeelden uit zijn rechtspraak die ook aangedragen worden in de conclusie van de advocaat-generaal, dat deze redenen inderdaad als

rule of reason rechtvaardiging zijn geaccepteerd.⁴⁶ Maar net als de advocaat-generaal en op voorzet van de Commissie vult het Hof van Justitie aan dat 'zuiver economische doelstellingen' geen dwingende reden van algemeen belang kunnen vormen.⁴⁷ Daarmee past het Hof van Justitie in *Commissie/Spanje* vaste jurisprudentie toe: economische overwegingen kunnen uit zichzelf niet als rechtvaardigende dwingende reden van algemeen belang worden beschouwd.⁴⁸ Advocaat-generaal Sharpston acht alleen het maximale marktaandeel en de criteria voor beoordeling van vergunningaanvragen gericht op de impact op bestaande buurtwinkels als zuiver economisch. Het Hof van Justitie volgt op dit punt zijn advocaat-generaal en is wat dit betreft zelfs strenger: de maxima voor de vestigingsdichtheid, het rekening houden met de aanwezigheid van de commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en het effect van een nieuwe vestiging op de commerciële structuur alsmede de verplichting om een rapport over de vestigingsdichtheid te laten opstellen hebben *geen* betrekking op consumentenbescherming, maar vooral op de gevolgen voor de bestaande handel en de structuur van de markt. Deze elementen in het reguleringskader zijn daarom zuiver economisch en kunnen daarom niet gerechtvaardigd worden als dwingende reden van algemeen belang. Met die vaststelling komt er geen evenredigheidstoetsing meer aan te pas. Het signaal van het Hof van Justitie wat betreft dit soort voorwaarden in vestigingsregulering is duidelijk: deze kunnen gewoonweg niet gerechtvaardigd worden. Dit oordeel heeft consequenties voor de praktijk van vestigingsregulering in de lidstaten van de Europese Unie: als het aannemelijk is dat er een economisch motief in de regulering schuilgaat, kan deze met een beroep op *Commissie/Spanje* worden aangevochten. De overige door de Commissie specifiek aangevochten aspecten van het Spaanse reguleringskader kunnen wel als zodanig onder de sfeer van milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming worden gebracht. Daar komt het aan op de bewijsvoering ten aanzien van de evenredigheid van de maatregel. Het Hof van Justitie geeft daarbij als richtsnoer aan dat weliswaar de bewijslast van het passende en noodzakelijke karakter van de maatregel voor de nagestreefde rechtmatige doelstelling bij de lidstaat ligt, maar dat 'deze bewijslast niet zo zwaar kan zijn dat deze lidstaat positief moet aantonen dat met geen enkele andere voorstelbare maatregel die doelstelling onder dezelfde omstandigheden kan worden verwezenlijkt'.⁴⁹

Dat het schort aan de procesvoering van de Commissie in deze zaak werkt in dit deel van de beoordeling guide-

43. Onder verwijzing naar HvJ EG 20 juni 1996, gevoegde zaken C-418/93-C-421/93, C-460/93-C-462/93, C-464/93, C-9/94-C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, *Semera-ro Casa Uno e.a.* Jur. 1996, p. I-2975 en HvJ EG 27 januari 2000, zaak C-190/98, *Graf*, Jur. 2000, p. I-493.

44. Hier 'leest' Denemarken de benadering van het Hof van Justitie ten aanzien van gebruiksmodaliteiten als gelijksoortig aan die ten aanzien van verkoopmodaliteiten, terwijl het Hof van Justitie juist tot op heden in enkele veel besproken zaken niet zover heeft willen gaan. Zie HvJ EG, zaak C-110/05, *Commissie/Italië*, Jur. 2009, p. I-519, HvJ EG, zaak C-265/06, *Commissie/Portugal*, Jur. 2009, I-2245 en HvJ EG, zaak C-142/05, *Mickelsson en Roos*, Jur. 2009, I-4273. Hierover S.A. de Vries, 'Goods Revisited', in: *NTER* 2009, p. 121-130 op p. 126 en H.H.B. Vedder, 'Mickelsson & Roos – Markttoegang en de *Euro-Defence* tot het uiterste opgerekt', in: *NTER* 2010, p. 1-5 op p. 3.

45. R.o. 56.

46. R.o. 74. Onder verwijzing naar HvJ EU 1 mei 2010, zaak C-384/08, *Attanasio Group* (milieubescherming), Jur. 2010, p. I-02055, HvJ EG 1 oktober 2009, zaak C-567/07, *Sint Servatius* (ruimtelijke ordening), Jur. 2009, p. I-9021, HvJ EG 13 september 2007, zaak C-260/04, *Commissie/Italië* (consumentenbescherming), Jur. 2007, p. I-07083.

47. Onder verwijzing naar HvJ EU 15 april 2010, zaak C-96/08, *CIBA*.

48. Zie daarover bijv. Jukka Snell, 'Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement', in: Annette Schrauven (red.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen: Europa Law Publishing 2005, p. 37-56.

49. R.o. 75.

lijk door. Het leidt ertoe dat de vergunningeis om een groot winkelbedrijf te openen als zodanig uit oogpunt van milieubescherming en ruimtelijke ordening acceptabel blijkt. De Commissie heeft hierin ook niet aangetoond waarom de vergunningeis verder gaat dan nodig ter bereiking van de genoemde doelstellingen. Ook ten aanzien van de raadpleging van de mededingingsrechter, volgens Spanje gerechtvaardigd uit het oogpunt van ruimtelijke ordening, milieubescherming en consumentenbescherming, heeft de Commissie niet duidelijk gemaakt waarom de genoemde rechtvaardigingsgronden niet kunnen worden aanvaard en moeten daarom worden afgewezen. Ook zijn de algemene wettelijke beoordelingscriteria op basis waarvan de Generalitat of de gemeenten moeten beslissen op een vergunningaanvraag niet dermate onduidelijk dat ze ongeschikt zouden zijn voor de door Spanje aangevoerde doelstellingen.

Ten aanzien van het bestaan van de commissie voor commerciële voorzieningen acht het Hof deze op zichzelf gerechtvaardigd, maar de samenstelling van de commissie (met vertegenwoordigers van de bestaande handel) niet geschikt voor het nastreven van doelstellingen van ruimtelijke ordening, milieubescherming en consumentenbescherming. In de huidige samenstelling worden de belangen van de bestaande handel te goed gewaarborgd. Vraag is hoe de samenstelling van deze commissie dient te worden aangepast om aan de wens van het Hof van Justitie te voldoen. Ik zie alleen de mogelijkheid om deze vertegenwoordigers uit de commissie te laten, een mix van bestaande of ‘nieuwe’ vertegenwoordigers van het bedrijfsleven is immers nauwelijks praktisch te realiseren noch denkbaar zonder dat hetzelfde verwijt in stand blijft.

Wat betreft het systeem van de stilzwijgende afwijzing is het Hof van Justitie coulanter: weliswaar is een stilzwijgende toewijzing minder belemmerend, maar het Hof van Justitie volgt zijn benadering dat de bewijslast ten aanzien van de evenredigheid niet verder hoeft te gaan dan dat het passend en noodzakelijk is om de nagestreefde doelstelling te verwijzen. Het Hof van Justitie verwijst daarbij naar het arrest in de zaak *Josemans* waar Nederland de ruimte wordt gelaten om regels in te voeren die ‘gemakkelijk kunnen worden gehandhaafd en gecontroleerd’.⁵⁰ Daarmee heeft het Hof van Justitie oog voor de praktische mogelijkheden van lidstatelijke overheden om doelstellingen van algemeen belang preventief te handhaven. Met deze uitspraak wordt in wezen een stelsel van *lex silencio negativo* in stand gelaten. Een dergelijk stelsel wijkt af van het algemene uitgangspunt van de Dienstenrichtlijn, dat juist voorziet in de implementatie van een standaardstelsel van *lex silencio positivo* – waarbij een vergunning als verleend moet worden geacht indien binnen de beslistermijn geen beslissing op een vergunningaanvraag is genomen, maar daarbij moet worden aangetekend dat ook de Dienstenrichtlijn een andere opzet van een vergunningstelsel gerechtvaardigd

acht uit oogpunt van dwingende redenen van algemeen belang.⁵¹ Toch is het mijns inziens de vraag of de *escape route* – het Spaanse systeem biedt een gang naar de rechter bij niet tijdig beslissen op een vergunningaanvraag – niet tot de nodige administratieve lasten voor de vergunningaanvrager leidt indien het de overheid is die tekort schiet door niet tijdig te beslissen. De in het stelsel geborgde publieke belangen wegen hier heel resoluut zwaarder dan *good governance* en het uitgangspunt van de Dienstenrichtlijn. Het is trouwens opvallend dat in het arrest *Commissie/Spanje* een verwijzing naar de Dienstenrichtlijn in de overwegingen ten gronde van het arrest in het geheel ontbreekt. Zou dit opnieuw te maken hebben gehad met de procesvoering voor het Hof van Justitie?⁵² Het arrest laat in ieder geval zien dat ook na de verstreken implementatietermijn van de Dienstenrichtlijn de ontwikkeling onder het primairrechtelijke vrijverkeerrecht in de gaten moet worden gehouden, omdat deze mede van belang kan zijn voor de beoordeling van vergunningstelsel onder de reikwijdte van het regime van de Dienstenrichtlijn. In het licht van de zouverende benadering van het Hof van Justitie is het ten slotte weinig verrassend, en natuurlijk ook wel terecht, dat het Hof, de doorbelasting van kosten van, kortweg, de vergunningen aan de vergunningaanvrager acceptabel acht.

Daarmee laat het Hof van Justitie de kern van het vergunningstelsel voor vestiging in Catalonië intact, maar keurt enkele onderdelen af in het licht van hun zuiver economisch karakter en begrenst enkele elementen ervan.⁵³ Het wordt zeker niet onmogelijk uit oogpunt van publieke belangen een restrictief vestigingsbeleid in Catalonië te handhaven, wel worden er Europeesrechtelijke randvoorwaarden gesteld om een mogelijkheid te bieden voor een groot winkelbedrijf om zich aldaar te vestigen.

Betekenis voor Nederland?

Wat vertelt het arrest ons voor de situatie in Nederland? Vestigingsmaxima en rekening houden met het effect op de bestaande handel in een betrokken gebied zijn in ieder geval uit den boze in vestigingsregulering. Dat soort maatregelen kan, wanneer zich een concreet geval voordoet, worden aangevallen met een beroep op de Europese vestigingsvrijheid. In de inleiding werd de link gelegd met de recente discussie over de herziening van de Nederlandse Winkeltijdenwet. In een uitspraak

50. Over deze zaak H. van Eijken en H.J. van Harten, “‘Lookin’ for a little green bag...” en de werkingssfeer van het Unierecht’, *NTER* 2011/4, p. 105-113.

51. Zie art. 13 lid 4 van de Dienstenrichtlijn: ‘Bij het uitblijven van een antwoord binnen de overeenkomstig lid 3 vastgestelde of verlengde termijn wordt de vergunning geacht te zijn verleend. Andere regelingen kunnen niettemin worden vastgesteld, wanneer dat gerechtvaardigd is om dwingende redenen van algemeen belang, met inbegrip van een rechtmatig belang van een derde partij.’ Zie voor wat betreft de Nederlandse implementatie hiervan: memorie van toelichting bij de Dienstenwet, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 47 e.v.

52. Zie over de eerste prejudiciële uitspraak waarin het Hof van Justitie zich wel uitsprak over de Dienstenrichtlijn: H.A.G. Temmink, ‘Eerste uitspraak Hof van Justitie over de Dienstenrichtlijn’, *NTER* 2011/8, p. 255-258.

53. In dit verband is het Hof van Justitie bijv. strenger voor het Oostenrijkse vergunningstelsel in een arrest als HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97, *Konle*, *Jur.* 1999, p. I-3099.

dit voorjaar sprak de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zich uit over de verenigbaarheid van het regime van de Winkeltijdenwet met de Europeesrechtelijke vrijheden.⁵⁴ In die procedure kwamen de gemeenteraad Westland en andere appellanten in beroep op tegen de vernietiging door de Kroon van het besluit van de gemeenteraad van 29 oktober 2009 tot wijziging van de Verordening winkeltijden Westland 2005. Met deze wijziging verleende de gemeenteraad aan de *gehele* gemeente Westland vrijstelling van het verbod uit de Winkeltijdenwet om winkels op zondag open te stellen via de 'touristenclausule' van artikel 3 lid 3, aanhef en onder a, Winkeltijdenwet. De Kroon heeft dit besluit vernietigd wegens strijd met het recht. In beroep stelden de gemeenteraad en andere appellanten onder meer dat het bestreden besluit in strijd is met het Europees recht en een belemmering van het vrije verkeer inhoudt. Naar het oordeel van de gemeenteraad Westland en de appellanten voldeed de regeling van de winkelopeningstijden in de Winkeltijdenwet niet aan de vereisten van objectiviteit en voorafgaande kenbaarheid⁵⁵ omdat het criterium 'autonome toeristische aantrekkingskracht' niet is gedefinieerd.⁵⁶ De Afdeling acht in deze procedure de Winkeltijdenwet aanvaardbaar in het licht van de vrijheden. En voor zover er al in de Winkeltijdenwet sprake zou zijn van belemmeringen op de vestigingsvrijheid, de Afdeling acht deze beperkingen te indirect, dan kunnen deze gerechtvaardigd worden door dwingende redenen van algemeen belang. De Afdeling stelt daarbij vast:

'De Winkeltijdenwet beoogt, zoals uit de wetsgeschiedenis ook naar voren komt (TK 2008-2009, 31 728, nr. 3, blz. 2, en TK 1990-1991, 21 963, nr. 3, blz. 1), de winkelopeningstijden te reguleren met het oog op de zondagsrust, de belangen van kleine ondernemers, de leefbaarheid, veiligheid en openbare orde. Daarmee is de wettelijke regeling van de winkelopeningstijden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. Gesteld noch gebleken is dat die regeling niet geschikt is om het verwezenlijken van het doel te waarborgen en verder gaat dan nodig is voor het bereiken van het beoogde doel. Gelet hierop en op de genoemde rechtspraak kan, anders dan de raad en [appellant sub 2]betogen, niet worden geoordeeld dat het bestreden besluit in strijd is met artikel 49 van het VWEU.'⁵⁷

54. ABRvS 2 maart 2011, LJN BP6327 (*Winkeltijden Westland*).

55. Ingevolge bijv. de arresten in HvJ EG 20 februari 2001, zaak C-205/99, *Analir*, Jur. 2001, p. I-1271 en HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer*, Jur. 2009, p. I-1721.

56. Dit criterium volgt uit art. 3 lid 3 aanhef en onder a Winkeltijdenwet op basis waarvan een gemeenteraad bij verordening vrijstelling kan verlenen van het maximum van twaalf aan te wijzen dagen die vallen op zondag, nieuwjaarsdag, tweede paasdag, Hemelvaartsdag, tweede pinksterdag en eerste of tweede kerstdag. Daarbij moet het gaan om ten behoeve van de 'op de betrokken gemeente of een deel daarvan gericht toerisme, mits de aantrekkingskracht voor dat toerisme geheel of nagenoeg geheel is gelegen buiten de verkoopactiviteiten die door de vrijstelling mogelijk worden gemaakt'. Dit criterium is nader in de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven uitgelegd en de Afdeling volgt in deze uitspraak deze uitleg.

57. ABRvS 2 maart 2011, LJN BP6327 (*Winkeltijden Westland*), r.o. 2.11.3.

Na *Commissie/Spanje* zou ik toch denken dat 'de belangen van kleine ondernemers' die dus mede ten grondslag liggen aan de Winkeltijdenwet in ieder geval niet meer geaccepteerd kunnen worden als dwingende reden van algemeen belang, want ze moeten als zuiver economisch worden beschouwd. Wat daar ook van zij, ook in deze procedure voor de Afdeling blijkt de rol van bewijs ten aanzien van de beoordeling van de evenredigheid van een vestigingsvrijheid belemmerende maatregel: de gemeenteraad van Westland en andere appellanten hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het regime van de Winkeltijdenwet niet geschikt is om de nagestreefde doelstellingen te bereiken. Ook als de procesvoering op dit punt nadrukkelijker was geweest acht ik het twijfelachtig of de zondagsluitingswetgeving als niet aanvaardbaar onder de vrijheden zou zijn beoordeeld; hier laat het vrijverkeerrecht traditiegetrouw de ruimte aan de lidstaat.⁵⁸ Daarbij gaat voor wat betreft het vrijgoederenverkeer, zoals de Afdeling ook terecht toetst, bovendien de 'Keck-check' op: zondagsluitings- en winkelsluitingswetgeving valt onder de term verkoopmodaliteiten en is immuun voor de verbodsnorm van artikel 34 VWEU, en hoeft dus ook niet gerechtvaardigd te worden, zolang de wetgeving van toepassing is op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën en zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed heeft op de verhandeling van nationale producten en die van producten uit andere lidstaten.⁵⁹

Toch plaatst *Commissie/Spanje* mijns inziens de relatie tussen het vrijverkeerrecht en regulering van winkelbedrijven, breder: tussen vrijverkeerrecht en omgevingsrecht, opnieuw op de agenda.⁶⁰ Ik denk dat op dit terrein in algemene zin nog de nodige vraagpunten spelen. Deze verhouding is lang niet uitgekristalliseerd. Wat bijvoorbeeld te denken over bestemmingen van percelen? En bijvoorbeeld een geval van een webwinkel aan huis? In een recente uitspraak van de Afdeling over een dwangsom opgelegd aan een bewoner in de gemeente Abcoude die vanuit huis via internet fietsen verkocht, terwijl in het bestemmingsplan detailhandel vanuit deze woning niet werd toegestaan, komt een Europeesrechtelijke beroep niet aan de orde en wordt de dwangsom als terecht opgelegd beschouwd.⁶¹ Toch kan de vraag opgeworpen worden of een gegeven bestemming in een bestemmingsplan wel altijd uit het oogpunt van ruimtelijke ordening en milieubescherming acceptabel is in het licht van de Europese vestigingsvrijheid en zelfs welke redenen ten grondslag liggen aan de keuze van bestemming in een bestemmingsplan. Als de schijn van een 'zuiver' economische achtergrond bestaat, dan kan

58. Zie bijv. HvJ EG 16 december 1992, zaak C-169/91, *Stroke-on-Tent*, Jur. 1992, p. I-6635.

59. *Keck*, r.o. 16. Zie bijv. HvJ EG 2 juni 1994, gevoegde zaken C-401/92 en C-402/92, *'t Heukske*, Jur. 1994, p. I-2199 en HvJ EG 2 juni 1994 gevoegde zaken C-69/93 en C-258/93, *Punto Casa*, Jur. 1994, p. I-2355.

60. Zie bijv. in dit tijdschrift reeds J.W. van de Gronden, 'Ruimtelijke ordeningswetgeving getoetst aan de Europese regels van het vrije verkeer en de aansprakelijkheid van decentrale overheden', *NTER* 1999/10, p. 249-257.

61. ABRvS 13 april 2011, LJN BQ1071 (*Fietsenhandel Abcoude*).

het onder omstandigheden ertoe leiden dat een beroep op de vestigingsvrijheid kans van slagen heeft, zij het dat in dit specifieke kader van een webwinkel aan huis ook de richtlijn elektronische handel van toepassing is op basis waarvan lidstaten binnen het ‘gecoördineerde gebied’ eisen mogen stellen aan het starten en het uitoefenen van een dienst van de informatiemaatschappij.⁶²

Los van dat thema zijn er nog drie elementen uit het arrest *Commissie/Spanje* die mogelijk interessant zijn in verband met de doorwerking van deze uitspraak in Nederland en die ik daarom kort aanstip. In de eerste plaats is er een mogelijk dwarsverband te leggen tussen de samenstelling van de in *Commissie/Spanje* voorkomende commissie voor commerciële voorzieningen en de manier waarop in Nederland bedrijf- en product-schappen zijn samengesteld. Hoe wordt daar rekening gehouden met de verhouding tussen de bestaande handel en nieuwe vestigende partijen? Ten tweede is een interessant gegeven dat het juist de *mededingingsrechter* is die in het Spaanse stelsel een rol krijgt om te adviseren over de mededingingssituatie op de relevante markt, mede vanuit het oogpunt van ruimtelijke ordening, milieubescherming en consumentenbescherming, althans dat is de indruk die ontstaat uit het pleidooi van Spanje. Dit is interessant voor de discussie over publieke belangen in het mededingingsrecht en de rol die de rechter daarin kan spelen. In het Spaanse stelsel krijgt de rechter een functie in de publieke belangenafweging en dient hij de publieke belangen mee te wegen in het advies over de mededingingssituatie op de relevante markt. Ten derde vloeit als boeiend element uit dit arrest voort, zoals hierboven reeds aan de orde kwam, dat het Hof van Justitie een systeem van een stilzwijgende afwijzing van een vergunningaanvraag acceptabel acht uit het oogpunt van milieubescherming en ruimtelijke ordening. *Commissie/Spanje* maakt daarmee duidelijk dat een bestuursrechtelijk stelsel waarin een vergunningaanvraag moet worden geacht te zijn afgewezen als een bestuursorgaan niet tijdig heeft beslist, geen aanpassing behoeft wegens strijdigheid met Europees recht, zolang althans een gang naar de rechter openstaat.

Tot slot

Afgewogen vrijheid: daarmee kunnen we dit arrest misschien wel het beste samenvatten. Enerzijds krijgt een lidstatelijke overheid beslist geen *carte blanche* ten aanzien van de vestigingsregulering voor grote winkelbedrijven, anderzijds laat het Hof van Justitie wezenlijke elementen van het Spaanse stelsel intact en maakt duidelijk dat zolang aan zekere randvoorwaarden is voldaan, een lidstaat een complex vergunningstelsel uit het oogpunt van het borgen van publieke belangen in stand mag laten met gerechtvaardigde belemmeringen op de Europese vestigingsvrijheid. Bij die beoordeling spelen de specifieke context van de belemmering, de rechtvaar-

digende publieke belangen en het aangevoerde bewijs een hoofdrol.

De slotsom van het arrest is dat Spanje de op hem rustende verplichtingen in het licht van de vestigingsvrijheid gedeeltelijk niet is nagekomen door enkele bepalingen in het betwiste reguleringskader vast te stellen en/of te handhaven. Het Hof van Justitie spreekt zich dan wel uit over de procedures tot verkrijging van een bedrijfsvergunning, maar laat in het midden hoe Spanje zorg moet dragen voor de wijziging van de Catalaanse wet Ley 18/2005 en de uitvoeringsbesluiten Decreto 378/2006 en Decreto 379/2006 uit diezelfde autonome regio. Dat is een zaak van nationale institutionele autonomie, die uiteindelijk wordt begrensd door het risico op staatsaansprakelijkheid wegens schending van het Unierecht.

62. Zie art. 2 sub h en onder i Richtlijn 2000/31/EG, Elektronische handel.