

ANNOTATIE

# Amsterdams vestigingsverbod toeristenwinkels overleeft hoger beroep, maar Amsterdam Cheese Company mag toch open blijven

*Iris Kieft*

*Annotatie bij Raad van State, 19-12-2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173 (OGR-2019-0009)*

1. Op 19 december 2018 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) uitspraak gedaan op het hoger beroep van de Amsterdam Cheese Company B.V. (hierna: ACC) tegen de last onder bestuursdwang tot sluiting van haar winkel op het Damrak die het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amsterdam aan ACC had opgelegd (ECLI:NL:RVS:2018:4173). (De last onder bestuursdwang is opgelegd door het algemeen bestuur van de bestuurscommissie van het stadsdeel Centrum van de gemeente Amsterdam. Hangende de beroepsprocedure is de bevoegdheid overgegaan naar het college van burgemeester en wethouders van de gemeente. In deze noot wordt daarom over het college gesproken.) Het handhavingsbesluit is gebaseerd op het voorbereidingsbesluit Postcodegebied 1012 waarbij de gemeenteraad van Amsterdam met ingang van 6 oktober 2017 onder meer een verbod heeft geïntroduceerd voor nieuwe winkels waarvan het aanbod op toeristen is gericht (hierna: het gebruikswijzigingsverbod).

2. Zowel het handhavingsbesluit als het voorbereidingsbesluit zijn de beroepsprocedure bij de Rechtbank Amsterdam ongeschonden doorgekomen (ECLI:NL:RBAMS:2018:294). Het voorbereidingsbesluit overleeft ook het hoger beroep bij de Afdeling, het handhavingsbesluit echter niet.

3. Wat was er aan de hand? ACC had op 20 juli 2017 een huurovereenkomst voor 15 jaar

gesloten voor de begane grond en de kelder van een pand aan het Damrak in Amsterdam. Vanaf 1 oktober was zij daadwerkelijk de huurster. Op 2 oktober is ACC begonnen met de verbouwing van het pand. Op 5 oktober heeft ACC een (markt)kraam op het perceel geplaatst van waaruit kaas is verkocht tijdens de verbouwing. Op 6 oktober heeft het college aan ACC omgevingsvergunning verleend voor het bouwen van een bouwwerk en het afwijken van het bestemmingsplan voor het plaatsen van verlichte gevelreclame aan de voorgevel van het pand ten behoeve van de winkelfunctie.

4. Naar het oordeel van het college is ACC het pand op of na 6 oktober 2017 (de datum van inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit) gaan gebruiken voor een toeristenwinkel, dat wil zeggen detailhandel die is gericht op dagjesmensen en/of toeristen. De winkel biedt verschillende Hollandse kaassoorten uit de Beemster aan en prijst deze aan met teksten als ‘all our cheeses are ready to fly’. De winkel is gesitueerd in een straat waar veelvuldig dagjesmensen en toeristen aanwezig zijn. De voertaal in de winkel is Engels. Bezoekers spenderen relatief weinig tijd in de winkel, waarbij weinig tot geen klantbinding wordt opgebouwd. Verder is alle kaas voorverpakt in vaste eenheden, waarbij forse prijzen worden gehanteerd.

5. Het college heeft handhavend opgetreden tegen dit gewijzigde gebruik van het pand en heeft ACC bij besluit van 2 november 2017 opgedragen de exploitatie van haar winkel te staken en gestaakt te houden. De Rechtbank Amsterdam heeft het beroep van ACC tegen het handhavingsbesluit ongegrond verklaard (ECLI:NL:RBAMS:2018:294). In hoger beroep spitst de zaak zich toe op de vraag of sprake is van een overtreding en of het voorbereidingsbesluit wel of niet in strijd is met de Dienstenrichtlijn.

6. De Afdeling oordeelt dat sprake is van een overtreding omdat sprake is van een toeristenwinkel die in strijd met het gebruikswijzigingsverbod is geopend. Het voorbereidingsbesluit bevat criteria om vast te stellen of sprake is van een toeristenwinkel, die nader worden geduid in de toelichting op het voorbereidingsbesluit. De Afdeling acht deze criteria, anders dan ACC had betoogd, niet onduidelijk of rechtsonzeker omdat aan de hand van die criteria in concrete gevallen op een objectieve wijze kan worden bepaald of een detailhandelsvestiging binnen het bereik van het gebruikswijzigingsverbod valt. Onder verwijzing naar de omstandigheden die hierboven onder 4 zijn toegelicht, komt de Afdeling tot het oordeel dat sprake is van een toeristenwinkel.

7. Ook oordeelt de Afdeling dat de winkel niet volgens de formule van ACC in gebruik was genomen vóór de inwerkingtreding van het voorbereidingsbesluit. Daarbij benadrukt de Afdeling onder verwijzing naar haar uitspraak van 20 december 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3469) dat beslissend is of de ingebruikname feitelijk heeft plaatsgevonden.

Vorbereidende handelingen die plaatsvinden met het oog op een voorgenomen vorm van gebruik, gelden niet als ingebruikname. De marktkraam van waaruit ACC – tussen de verbouwingswerkzaamheden door – enkele stukken kaas heeft verkocht aan voorbijgangers, kan ook niet te gelden hebben als het exploiteren van een kaaswinkel volgens de winkelformule van ACC. De Afdeling concludeert dan ook dat het gebruikswijzigingsverbod door ACC is overtreden.

8. Daarmee komt de vraag voor te liggen of het voorbereidingsbesluit waarin het gebruikswijzigingsverbod is vervat wel of niet in strijd is met de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG). Het voorbereidingsbesluit kan overigens niet rechtstreeks worden getoetst omdat het een van beroep uitgezonderd besluit is. Exceptieve toetsing aan een hogere regeling, zoals de Dienstenrichtlijn, is echter wel mogelijk. De Afdeling verwijst in dat verband naar het arrest van het Hof van Justitie van de EU in de zaak Visser waarin het Hof heeft geoordeeld dat artikel 15 van de Dienstenrichtlijn rechtstreekse werking heeft (ECLI:EU:C:2018:44). In datzelfde arrest oordeelde het Hof ook dat detailhandel in goederen een dienst is als bedoeld in de Dienstenrichtlijn en dat artikel 15 van de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op zuiver interne situaties. De Afdeling voegt daar de opmerkelijke conclusie aan toe dat in de casus van ACC sprake is van een zuiver interne situatie, omdat ‘alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen’. Deze conclusie lijkt mij niet juist: het enkele feit dat ACC een Nederlandse vennootschap is en dat het college de handhavende partij is, maakt niet dat naar Europees recht sprake is van een zuiver interne situatie. De klanten die ACC in haar winkel bedient en die ook uitdrukkelijk worden genoemd in het voorbereidingsbesluit, zullen bij uitstek uit andere lidstaten komen en er zullen ongetwijfeld partijen uit andere lidstaten zijn die zich in Amsterdam zouden willen vestigen en dan zullen worden getroffen door de regulering van het voorbereidingsbesluit. Deze aspecten zijn naar Europees recht voldoende om niet te kunnen spreken van een zuiver interne situatie (zie bijvoorbeeld ECLI:EU:2015:641, r.o. 41).

9. Wil het gebruikswijzigingsverbod aan artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn voldoen, dan (1) mag het niet discrimineren naar nationaliteit/plaats statutaire zetel, (2) moet het noodzakelijk zijn (d.w.z. gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang) en (3) evenredig zijn (d.w.z. geschikt en niet verdergaan dan nodig is om het doel te bereiken). Naar het oordeel van de Afdeling voldoet het gebruikswijzigingsverbod aan alle drie de eisen.

10. ACC had uitgebreid betoogd dat het gebruikswijzigingsverbod discriminatoir was omdat het een ongerechtvaardigd onderscheid maakt tussen winkels met Engelstalig personeel en winkels met Nederlandstalig personeel en tussen winkels die zich richten op dagjesmensen en toeristen en winkels die zich richten op Amsterdammers. De eis uit de Dienstenrichtlijn is echter dat geen discriminatie plaatsvindt naar nationaliteit van de dienstverrichter. Daarvan

is bij het gebruikswijzigingsverbod naar het oordeel van de Afdeling geen sprake.

11. Het gebruikswijzigingsverbod is ingesteld om een monocultuur van de Amsterdamse binnenstad te voorkomen ten behoeve van haar bewoners en de aldaar werkzame werknemers. De Afdeling oordeelt dat het nastreven van deze doelstelling strekt tot bescherming van het stedelijk milieu, een van de dwingende redenen van algemeen belang die in de Dienstenrichtlijn expliciet worden genoemd. De Afdeling hecht er hierbij waarde aan dat uit de toelichting op het voorbereidingsbesluit en diverse documenten die aan het voorbereidingsbesluit ten grondslag liggen, consequent blijkt dat het doel is om monocultuur te voorkomen. Een van deze documenten is overigens de zogenoemde Keuzenotitie die het college pas in hoger beroep en onder beperkte kennisname op grond van artikel 8:29 Algemene wet bestuursrecht (Awb) heeft overgelegd. De Afdeling oordeelde ten aanzien van de Keuzenotitie namelijk, anders dan de rechtbank, dat deze Keuzenotitie een op de zaak betrekking hebbend stuk was en overgelegd diende te worden. Op het eerste gezicht lijkt het vreemd dat een ruimtelijk beleidsdocument zoals de Keuzenotitie niet met ACC gedeeld hoeft te worden. Een toelichting waarom beperkte kennisname geoorloofd is, ontbreekt in de uitspraak, zodat we de redenen daarvoor helaas niet kunnen vaststellen.

12. Het gebruikswijzigingsverbod voldoet naar het oordeel van de Afdeling ook aan de eis van evenredigheid. Het gebruikswijzigingsverbod draagt immers bij aan de doelstelling van een grotere diversiteit in het winkelaanbod. Dat het verbod daaraan bijdraagt is voldoende, het verbod hoeft niet zelfstandig de doelstelling te kunnen behalen (ECLI:EU:C:2018:433). Op basis van eerdere ervaringen met beperkingen aan nieuwvestiging van andere activiteiten, zoals minisupermarkten en souvenirwinkels, is gebleken dat de binnenstad veel ondernemers aantrekt. Er is dan ook geen vrees voor blijvende leegstand als gevolg van het verbod.

13. Ook gaat het verbod niet verder dan nodig. De Afdeling overweegt dat het gebruikswijzigingsverbod geldt in een beperkt gebied, niet alle detailhandel verbiedt en bestaande toeristenwinkels niet verbiedt. Bovendien is geen sprake van een algeheel verbod omdat bij omgevingsvergunning van het verbod kan worden afgeweken. Die omgevingsvergunning kan slechts worden geweigerd indien het afwijken van het verbod naar het oordeel van het college leidt tot een onevenwichtig aanbod. Tegen een beslissing van het college staan vervolgens rechtsmiddelen open, zodat een bestuursrechter hierover kan oordelen. Dat de bestuursrechter terughoudend zal toetsen omdat het college een discretionaire bevoegdheid heeft, vindt de Afdeling niet van belang. ACC had nog naar voren gebracht dat het college nooit vergunning zal verlenen. De Afdeling acht dit niet aannemelijk gemaakt. Bij dit laatste oordeel is wel een kanttekening te plaatsen: de gemeente Amsterdam lijkt allesbehalve happig om een dergelijke vergunning te verlenen. Het is jammer dat de Afdeling die praktische realiteit niet in haar oordeel betrokken heeft.

14. Tot slot had het college de doelstelling van het tegengaan van monocultuur niet met minder beperkende maatregelen, zoals openbare voorbereiding van het voorbereidingsbesluit of een overgangsregeling, kunnen bereiken, aldus de Afdeling. Er was namelijk geen minder beperkende maatregel voorhanden om een bevrozing van gebruikswijzigingen te bewerkstelligen. Het gebruikswijzigingsverbod uit het voorbereidingsbesluit blijft dan ook overeind.

15. Toch mag de winkel van ACC, die in afwachting van de uitspraak van de Afdeling open mocht blijven, nu definitief open blijven. De Afdeling oordeelt namelijk dat het gebruikswijzigingsverbod in het concrete geval van ACC onevenredig is als bedoeld in artikel 3:4 lid 2 van de Awb. Hierbij betreft de Afdeling de voorbereidingswerkzaamheden die ACC heeft verricht en de kosten die zij al had gemaakt, bijvoorbeeld aan huur, bouwmaterialen en kazens voordat het voorbereidingsbesluit bekend werd gemaakt. Daarnaast oordeelt de Afdeling dat de voorbereidingen voor de nieuwe winkel van ACC in dit geval hebben plaatsgevonden met het uitdrukkelijke medeweten van het college. De Afdeling baseert dit oordeel op het feit dat ACC op 22 augustus 2017 een vergunning had aangevraagd voor het aanbrengen van de voor haar winkelformule gebruikelijke gevelreclame en dat deze vergunning, na aanvulling van de aanvraag en een op verzoek van het college doorgevoerde aanpassing in het project, op 6 oktober is verleend.

16. De waarde die de Afdeling hecht aan deze reclamevergunning is enigszins verrassend, immers: de verlening van de reclamevergunning houdt geen planologische toestemming in om de kaaswinkel te mogen openen. De Afdeling lijkt de verlening van deze vergunning vooral te gebruiken om vast te stellen dat het college ervan op de hoogte was dat ACC het pand als toeristenwinkel in gebruik zou gaan nemen. Wellicht dat de Afdeling vindt dat het college, gelet op deze bekendheid, extra zorgvuldigheid aan de dag had dienen te leggen in het handhavingstraject.

17. Alle omstandigheden tezamen maken naar het oordeel van de Afdeling dat ACC onevenredig wordt benadeeld ten opzichte van andere ondernemers. Omdat de enkele aanwezigheid van de winkel van ACC in relatie tot het totale aantal bestaande toeristenwinkels in het centrumgebied het behalen van de nagestreefde diversiteit niet in de weg zal staan, is toepassing van het gebruikswijzigingsverbod ten aanzien van ACC op deze specifieke locatie onevenredig. Het gebruikswijzigingsverbod had dus buiten toepassing gelaten moeten worden en het college was niet bevoegd tot handhavend optreden.