

Noot

1. In deze uitspraak wordt bevestigd dat de hoofdregel, inhoudend dat mogelijkheden die zijn toegestaan krachtens de overgangsbepalingen van een bestemmingsplan buiten beschouwing worden gelaten bij de planvergelijking, ook geldt voor directe schade. Deze hoofdregel wordt in de onderhavige casus toegepast op een feitelijk bestaande situatie die werd beschermd door het overgangsrecht van het oude bestemmingsplan.

2. In de oude situatie was het krachtens het overgangsrecht van het oude bestemmingsplan toegestaan om maximaal 980 m² van de gronden voor algemene detailhandel te gebruiken. Deze maatvoering bracht beperkingen met zich; de vestiging van een supermarkt was bijvoorbeeld niet toelaatbaar. De gronden waren onder het oude bestemmingsplan niet positief bestemd voor algemene detailhandel. In het nieuwe bestemmingsplan wordt slechts het bestaande gebruik positief bestemd. Dit betekent dat het gebruik wordt beperkt tot detailhandel in ICT-artikelen en ski-artikelen. Aldus wordt het feitelijk bestaande gebruik als het ware bevroren, een uitbreiding of wijziging van het verkoopassortiment is niet langer mogelijk. De eigenaar van het pand meent dat dit invloed heeft op de verhandelbaarheid van het pand. Immers, het aantal potentiële kopers voor wie het pand aantrekkelijk is, neemt af waardoor sprake is van een groter risico op leegstand.

3. De SAOZ stelt zich in het deskundigenadvies op het standpunt, dat sprake is van een planologische verslechtering. Op zichzelf is een positieve bestemming van het feitelijk bestaande gebruik gunstig maar een uitbreiding of wijziging van het verkoopassortiment is planologisch niet toegestaan. De mogelijkheden die het overgangsrecht bood om veranderingen in de detailhandel aan te brengen, zijn niet langer toegestaan. Deze bevestiging van de bestaande detailhandel leidt tot een planologische verslechtering.

4. Vervolgens heeft de gemeente een second opinion gevraagd aan 't Regthuys. De second opinion betreft uitsluitend de vraag in hoeverre het overgangsrecht mag worden betrokken bij de vergelijking tussen de planologische mogelijkheden van de betreffende onroerende zaak, onder het oude en nieuwe bestemmingsplan.

5. 't Regthuys stelt zich op het standpunt dat bij de planvergelijking in beginsel geen rekening wordt gehouden met overgangsrecht. Onder het oude bestemmingsplan was gebruik van het pand voor detailhandel uitgesloten. In het nieuwe bestemmingsplan is detailhandel voor ICT-artikelen en ski-artikelen toegestaan, op een deel van

de gronden. Dit is een planologische verbetering voor de eigenaar.

6. De Afdeling herhaalt nog eens duidelijk de hoofdregel en de ratio daarvan. Het overgangsrecht strekt tot bescherming van een op grond van het oude planologische regime bestaande situatie die afwijkt van de nieuwe bestemmingsregeling voor de betreffende gronden. Dat de bestaande situatie niet past binnen de nieuwe bestemmingsregeling betekent, dat beoogd wordt om binnen de planperiode aan deze situatie een einde te maken. De situatie mag dan voorlopig blijven bestaan, maar de bescherming van het overgangsrecht reikt minder ver dan de mogelijkheden die een positieve bestemming biedt. Gebruik dat krachtens overgangsrecht bij een bestemmingsplan wordt toegestaan, kan dus niet gelijk worden gesteld aan gebruik dat is toegestaan krachtens een positieve bestemming. Om die reden worden de mogelijkheden ingevolge de overgangsbepalingen van het oude regime niet betrokken bij het antwoord op de vraag of het nieuwe bestemmingsplan een planologische verslechtering voor de aanvrager betekent.

7. De hoofdregel dat de mogelijkheden ingevolge de overgangsbepalingen niet bij de planvergelijking worden betrokken, geldt voor het oude en het nieuwe bestemmingsplan, en wordt toegepast bij directe en indirecte schade. Zie ook de hiervoor gepubliceerde uitspraak ABRvS 18 maart 2020, AB 2020/373.

G.M. van den Broek

AB 2020/375**AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE**

26 februari 2020, nr. 201808323/1/A1

(Mrs. C.H.M. van Altena, E.J. Daalder, A.J.C. de Moor-van Vugt)

m.nt. T. Groot en J. Langer*

Art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn; art 3.1.2 lid 2 onderdeel b Bro, art. 2.12 lid 1 onder a onder 2° Wabo

ECLI:NL:RVS:2020:595

Dienstenrichtlijn, exceptieve toetsing en weigering omgevingsvergunning voor detailhandel in tuinbouwgebied van Twello.

* T. Groot is advocaat bij de sectie bestuursrecht van Stijl Advocaten. J. Langer is hoofd van het Hofcluster bij de Afdeling Europees recht van de Directie Juridische Zaken van het Ministerie van Buitenlandse Zaken en 'agent' voor de Nederlandse regering bij het EU-Hof, en hoogleraar Europees recht en de nationale rechtsorde aan de RUG.

Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, ligt het in een gerechtelijke procedure op de weg van degene die een beroep doet op de Dienstenrichtlijn om te beargmenteren dat sprake is van een eis die een beperking oplevert. Het ligt op de weg van het college om bij de beslissing over het verlenen van een omgevingsvergunning te onderbouwen dat die eis in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn. Dit geldt ook voor de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan. Het is dus in de eerste plaats aan het college om te onderbouwen waarom de in het plan neergelegde beperkingen gerechtvaardigd zijn in het licht van de daaraan in de Dienstenrichtlijn gestelde eisen.

Anders dan in de uitspraak van de Afdeling van 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569, is in deze procedure geen besluit van de raad tot vaststelling van een bestemmingsplan aan de orde, maar een besluit van het college tot weigering van een omgevingsvergunning om van een vastgesteld en in werking getreden bestemmingsplan af te wijken. Het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan waaraan de aanvraag om omgevingsvergunning is getoetst, is onherroepelijk. Dat neemt niet weg dat het ook in dit geval niet aan Retailplan is om te onderbouwen dat de eis in strijd met de Dienstenrichtlijn is, maar aan het college om te onderbouwen dat die eis daarmee in overeenstemming is.

De Afdeling hanteert bij de hier aan de orde zijnde (exceptieve) toets (...) het evidentie criterium. Dit houdt in dit geval in dat alleen indien sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn een planregel onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten. Een planregel is alleen evident in strijd met hoger recht als de rechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat zich strijd met de hogere rechtsnorm voordoet. Dit is bijvoorbeeld het geval als iedere motivering ontbreekt. Indien beargumenteerd strijd met artikel 15, lid 3, van de Dienstenrichtlijn wordt aangevoerd en een motivering dat aan de in dat artikellid genoemde vereisten is voldaan ontbreekt, kan desondanks geen evidente strijd met de Dienstenrichtlijn worden aangenomen indien het college (alsnog) een onderbouwing geeft dat aan de vereisten van artikel 15, lid 3, van de Dienstenrichtlijn is voldaan. Dit vergt echter geen onderbouwing die voldoet aan de in de uitspraak van 24 juli 2019 neergelegde toetsingsmaatstaf. Dit betekent dus dat de onderbouwingplicht van het college in deze procedure niet zo ver gaat dat het de beperking dient te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Geeft het college niet alsnog een onderbouwing dan zal de planregeling buiten toepassing worden gelaten of onverbindend worden verklaard.

Uitspraak op het hoger beroep van RetailPlan B.V., te Drachten, appellante, tegen de uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 6 september 2018 in zaak nr. 17/5107 in het geding tussen: RetailPlan, en Het college van burgemeester en wethouders van Voorst.

Procesverloop

Bij besluit van 10 mei 2017 heeft het college geweigerd aan RetailPlan omgevingsvergunning te verlenen voor de functiewijziging naar detailhandel op het perceel Burgemeester van der Feltzweg 142 te Twello.

Bij besluit van 31 augustus 2017 heeft het college het door RetailPlan daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 6 september 2018 heeft de rechtbank het door RetailPlan daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard. Deze uitspraak is aangehecht (niet opgenomen; red.).

Tegen deze uitspraak heeft RetailPlan hoger beroep ingesteld.

Het college en belanghebbende A, belanghebbende B en belanghebbende C en belanghebbende D (hierna: belanghebbende en anderen) hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 28 oktober 2019, waar RetailPlan, vertegenwoordigd door gemachtigde en het college, vertegenwoordigd door C. Morren, ing. R.G.M. Louwes, P.S.E. Dekker-Klein Overmeen, M.G.M.C. Geerts en G.J.A. Meijerink, zijn verschenen. Voorts zijn belanghebbende en anderen, vertegenwoordigd door belanghebbende A, ter zitting gehoord.

Overwegingen

Inleiding

1. Het perceel ligt in het oorspronkelijke tuinbouwgebied en in het verleden werd het perceel gebruikt voor een tuincentrum. RetailPlan wil het perceel gaan gebruiken voor perifere detailhandel. RetailPlan heeft nader toegelicht dat zij bij de door haar gewenste detailhandel denkt aan het vestigen van doe-het-zelf-winkels, kampeer- en watersportwinkels, supermarkten en warenhuizen, rijwielhandels (fietsen, bromfietsen en scooters) en overige detailhandel en ambachten.

2. Op het perceel rust ingevolge het ter plaatse geldende bestemmingsplan "Steenenkamer" de bestemming "Detailhandel - Tuincentrum". Volgens het college is het door RetailPlan op het perceel beoogde gebruik in strijd met het

bestemmingsplan. Het toestaan van perifere detailhandel op het perceel is in strijd met het gemeentelijk beleid over de vestiging van detailhandel zoals dat is neergelegd in het bestemmingsplan en de Regionale structuurvisie 2030. Met het bestemmingsplan is beoogd te regelen dat vestiging van detailhandel buiten het centrumgebied wordt beperkt omdat het toestaan daarvan zal leiden tot een afname van de leefbaarheid van het centrumgebied en kan leiden tot leegstand.

3. Het wettelijk kader is opgenomen in de bijlage, die deel uitmaakt van deze uitspraak.

Aangevallen uitspraak

4. De rechtbank heeft overwogen dat het bestemmingsplan en de daarin opgenomen brancheringsregel voldoet aan de voorwaarden van artikel 15, derde lid, van de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*PB* 2006, L 376/36; hierna: de Dienstenrichtlijn) en dat het college zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vestiging van niet perifere detailhandel op het perceel niet past binnen een goede ruimtelijke ordening. Daarbij heeft de rechtbank van belang geacht dat het college voldoende heeft gemotiveerd dat het nodig is om winkels te concentreren in het centrumgebied ter bescherming van het stedelijk milieu en dat de brancheringsregel gerechtvaardigd is vanwege een dwingende reden van algemeen belang. Verder heeft de rechtbank overwogen dat het college in redelijkheid heeft kunnen concluderen dat de brancheringsregel niet verder gaat dan nodig is om de leefbaarheid van het centrum van Twello te beschermen en dat deze bescherming niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Het beroep van RetailPlan is om die reden ongegrond verklaard.

Hoger beroep RetailPlan

5. Tussen partijen is niet in geschil dat de regeling die is neergelegd in de planregels als een "eis" als bedoeld in de Dienstenrichtlijn moet worden aangemerkt en dat de planregels voldoen aan artikel 15, derde lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn, omdat in de planregels geen onderscheid wordt gemaakt tussen nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel. Partijen verschillen van mening over het antwoord op de vraag of het geldende bestemmingsplan voldoet aan de overige voorwaarden van artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn.

6. RetailPlan betoogt dat de rechtbank niet heeft onderkend dat niet deugdelijk is gemotiveerd waarom noodzaak bestaat om detailhandel

uitsluitend te concentreren in het centrumgebied. Volgens RetailPlan heeft het college nimmer concentratiebeleid gevoerd waarmee het centrumgebied van Twello zou worden beschermd. Daarbij verwijst RetailPlan naar de toelichting in het bestemmingsplan waaruit volgens haar kan worden afgeleid dat grootschalige ontwikkelingen ook mogelijk zijn buiten het centrumgebied. Daarnaast voert RetailPlan aan dat een nauwkeurige analyse ontbreekt voor de gevolgen van het centrumgebied van Twello indien medewerking zal worden verleend aan de gevraagde omgevingsvergunning en dat geen beleid is vastgesteld waaruit afgeleid kan worden dat detailhandel geconcentreerd moet worden in het centrumgebied van Twello. Verder betoogt RetailPlan dat artikel 2.3.4.2 van de Omgevingsverordening van de provincie Gelderland te beperkend is voor de vestigingsmogelijkheden.

RetailPlan betoogt verder dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat het college in redelijkheid heeft kunnen concluderen dat artikel 8 van de planregels niet verder gaat dan nodig is om de leefbaarheid van het centrumgebied van Twello te beschermen en dat deze bescherming niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Volgens RetailPlan heeft het college zich in de besluitvorming hierover uitsluitend gebaseerd op vermoedens en ontbreken concrete onderzoeken. In dit kader voert RetailPlan aan dat in geen enkel onderzoek is onderzocht wat de betekenis is van de locatie voor de detailhandelsstructuur in Twello. Volgens de eigenaar van de Intratuin komt namelijk 58 procent van de klanten van de Intratuin uit de gemeente Deventer en slechts 16 procent van de klanten uit Twello.

Verder betoogt RetailPlan dat voor andere locaties in Twello veel minder beperkende planregels gelden wat betreft branching dan deze locatie, omdat in dit geval een fietswinkel of kampeerwinkel is uitgesloten terwijl deze winkels zich bijna overal op het bedrijventerrein mogen vestigen.

6.1. Zoals de Afdeling heeft overwogen in de uitspraak van 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, ligt het in een gerechtelijke procedure op de weg van degene die een beroep doet op de Dienstenrichtlijn om te beargumenteren dat sprake is van een eis die een beperking oplevert. Het ligt op de weg van het college om bij de beslissing over het verlenen van een omgevingsvergunning te onderbouwen dat die eis in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn. Dit geldt ook voor de raad bij de vaststelling van het bestemmingsplan. Het is dus in de eerste plaats aan het college om te onderbouwen waarom de in het plan neergelegde beperkingen

gerechtvaardigd zijn in het licht van de daaraan in de Dienstenrichtlijn gestelde eisen. Daarbij kan het college verwijzen naar de toelichting bij een bestemmingsplan, maar kan ook, indien een dergelijke toelichting ontbreekt, een nadere onderbouwing geven voor de in de planregels opgenomen beperking.

Anders dan in de uitspraak van de Afdeling van 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569, is in deze procedure geen besluit van de raad tot vaststelling van een bestemmingsplan aan de orde, maar een besluit van het college tot weigering van een omgevingsvergunning om van een vastgesteld en in werking getreden bestemmingsplan af te wijken. Het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan waaraan de aanvraag om omgevingsvergunning is getoetst, is onherroepelijk. Dat neemt niet weg dat het ook in dit geval niet aan Retailplan is om te onderbouwen dat de eis in strijd met de Dienstenrichtlijn is, maar aan het college om te onderbouwen dat die eis daarmee in overeenstemming is.

6.2. Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling over de exceptieve toets, onder meer kenbaar uit haar uitspraak van 27 december 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:4266), volgt dat de mogelijkheid om in een procedure die is gericht tegen een besluit omtrent de verlening van een omgevingsvergunning, de gelding van de toepasselijke bestemmingsplanregeling aan de orde te stellen, niet zover strekt dat deze regeling aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als de toetsingsmaatstaf die wordt gehanteerd in het kader van de beoordeling van beroepen tegen een vastgesteld bestemmingsplan. In een procedure als deze waarin wordt aangevoerd dat de bestemmingsregeling in strijd is met een hogere regeling, dient de bestemmingsregeling slechts onverbindend te worden geacht of buiten toepassing te worden gelaten, indien de bestemmingsregeling evident in strijd is met de hogere regeling. Voor evidentie is onder meer vereist dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor toetsing daaraan bij wijze van exceptie leent.

De Afdeling hanteert bij de hier aan de orde zijnde toets dus het evidentie criterium. Dit houdt in dit geval in dat alleen indien sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn een planregel onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten. Een planregel is alleen evident in strijd met hoger recht als de rechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat zich strijd met de hogere rechtsnorm voordoet. Dit is bijvoorbeeld het geval als iedere motivering ontbreekt. Indien beargumenteerd strijd met artikel 15, lid 3, van de Dienstenrichtlijn wordt aangevoerd en een motivering dat aan de in dat artikel-

lid genoemde vereisten is voldaan ontbreekt, kan desondanks geen evidente strijd met de Dienstenrichtlijn worden aangenomen indien het college (alsnog) een onderbouwing geeft dat aan de vereisten van artikel 15, lid 3, van de Dienstenrichtlijn is voldaan. Dit vergt echter geen onderbouwing die voldoet aan de in de uitspraak van 24 juli 2019 neergelegde toetsingsmaatstaf. Dit betekent dus dat de onderbouwingplicht van het college in deze procedure niet zo ver gaat dat het de beperking dient te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. Geeft het college niet alsnog een onderbouwing dan zal de planregeling buiten toepassing worden gelaten of onverbindend worden verklaard. Degene die zich op strijd met de Dienstenrichtlijn beroept staat het overigens vrij om een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan bij de gemeenteraad in te dienen. Bij de beoordeling van een besluit van de raad naar aanleiding van een dergelijk verzoek zal het evidentie criterium niet worden gehanteerd, omdat dan immers geen sprake is van exceptieve toetsing. De rechter toetst dan op de wijze zoals aan de orde in de voormelde uitspraak van 24 juli 2019.

6.3. Retailplan heeft beargumenteerd dat sprake is van een eis die een beperking oplevert. De rechtbank heeft terecht overwogen dat het college met de gegeven toelichting heeft onderbouwd waarom geen sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn. Zo heeft het college onderbouwd waarom in dit geval een dwingende reden van algemeen belang bestaat om het centrumgebied van Twello te beschermen. In de toelichting van het bestemmingsplan wordt duidelijk gemaakt dat het centrumgebied van Twello het enige gebied in de gemeente is waarbinnen sprake is van winkelconcentratie met lokale en regionale binding en dat sprake is van een grotere schaal dan in de andere kernen. Volgens het college is realisering van een winkelgebied met een oppervlak van 5.500 m² buiten de kern vanwege de mogelijke leegstand in het centrum te nadelig en daarnaast zijn de landschappelijke kwaliteiten van Steenenkamer en omgeving zodanig dat daar volgens het college geen winkelcentrum inpasbaar is. Dat, elders in de gemeente, aan de Molenstraat een DekaMarkt met enkele winkels is gevestigd is volgens het college van oudsher zo gegroeid vanwege de aanwezigheid van de wijk Duistervoorde. Dit gebied behoort volgens het college tot het stedelijk gebied van Twello en er zijn geen andere locaties aangewezen voor detailhandelsvestigingen. Alle grootschalige ontwikkelingen worden volgens het college gefaciliteerd in het stedelijk gebied van Twello en niet daarbuiten. Voor het oordeel dat de rechtbank niet heeft onderkend dat vanwege het ontbreken

van een dwingende reden van algemeen belang evidente strijd met de Dienstenrichtlijn bestaat ziet de Afdeling dan ook geen aanleiding, gelet op de door het college gegeven toelichting. Daar komt bij dat het college, hoewel dit niet noodzakelijk was, een schriftelijke uiteenzetting van Rho adviseurs voor leefruimte heeft overgelegd en verwijst naar een koopstromenonderzoek uit 2015, waaruit blijkt dat het centrumgebied van Twello onder druk staat, mede door de positie van het naastgelegen Deventer. Ook wijst het college erop dat een relevant ruimtelijk effect op de leegstand in het centrum van Twello kan ontstaan bij vergunningverlening wat uiteindelijk ten koste van de vitaliteit en de levendigheid in het centrum met de huidige detailhandelsstructuur zal gaan.

Verder heeft het college uitgelegd dat deze maatregel geschikt is om het doel te bereiken, niet verder gaat dan nodig is, en dat deze maatregel nodig is om het centrumgebied van Twello te behouden voor de hiervoor genoemde belangen. Ook is niet gebleken dat de bescherming van het centrumgebied van Twello niet consistent wordt toegepast door het college. Zo is bijvoorbeeld in de afgelopen jaren, zoals nader toegelicht door het college ter zitting van de Afdeling, geïnvesteerd in het aantrekkelijk maken en houden van het centrumgebied en bestaan er voor het college in de toekomst nog weinig mogelijkheden het centrumgebied op andere wijze op te waarderen.

De rechtbank is gelet op het voorgaande terecht tot de conclusie gekomen dat de planregels niet evident in strijd zijn met artikel 15, derde lid, onder b en c, van de Dienstenrichtlijn.

Voor zover Retailplan in dit verband verwijst naar de Omgevingsverordening wijst de Afdeling erop dat de omgevingsvergunning is geweigerd vanwege strijd met het bestemmingsplan en dat de Omgevingsverordening niet als weigeringsgrond door het college is ingeroepen. Zoals ook nader toegelicht ter zitting door het college is de Omgevingsverordening een nevenargument voor het college om geen afwijkingsvergunning te verlenen.

Het betoog faalt.

Slot en conclusie

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

8. Voor een proceskostenveroordeling bestaat geen aanleiding.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

bevestigt de aangevallen uitspraak.

Bijlage

Artikel 8 van de planregels bij het bestemmingsplan "Steenenkamer"

"Detailhandel - Tuincentrum

8.1 Bestemmingsomschrijving

De voor 'Detailhandel - Tuincentrum' aangegeven gronden zijn bestemd voor:

a. een tuincentrum

[...];

f. bij deze bestemming horende voorzieningen, zoals groen, tuinen, erven, verhardingen, verkeers- en verblijfsvoorzieningen, laad- en losvoorzieningen en water."

Artikel 15 van de Dienstenrichtlijn luidt:

"1. De lidstaten onderzoeken of in hun rechtsstelsel de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en zien erop toe dat eventueel bestaande eisen verenigbaar zijn met de in lid 3 bedoelde voorwaarden. De lidstaten passen hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan om de eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen.

2. De lidstaten onderzoeken of de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in hun rechtsstelsel afhankelijk wordt gesteld van de volgende niet-discriminerende eisen:

a) kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name in de vorm van beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters;

[...]

3. De lidstaten controleren of de in lid 2 bedoelde eisen aan de volgende voorwaarden voldoen:

a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;

b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;

c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

[...]"

Noot

1. Het Hof van Justitie heeft in de Appingedam-zaak een vanuit planologisch oogpunt inte-

ressante uitspraak gewezen over toepassing van de Dienstenrichtlijn bij bestemmingsplannen waarin brancheringsregels over (perifere) detailhandel zitten (HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44, AB 2018/181; zie ook Langer respectievelijk Nijmeijer in: TO 2018/1). Het Hof oordeelt dat i) verkoop van goederen ('detailhandel') een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn, ii) hfdst. 3 Dienstenrichtlijn van toepassing is op zogeheten 'zuiver interne situaties', en iii) voorschriften in bestemmingsplannen zijn aan te merken als 'eisen' in de zin van art. 4 lid 7 Dienstenrichtlijn en getoetst dienen te worden onder art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Het gevolg is dat planregels van gemeenteraden die bepalen welk type detailhandel op een bepaalde locatie mag plaatsvinden en in welke omvang ('branchering'), moeten voldoen aan art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Dit houdt in dat deze planregels niet mogen discrimineren, noodzakelijk moeten zijn om een dwingende reden van algemeen belang en evenredig moeten zijn. Deze planregels zijn evenredig als die regels geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken, niet verder gaan dan noodzakelijk om dat doel te bereiken en dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

In de hier geannoteerde uitspraak gaat het om onherroepelijke planregels van de gemeenteraad van Voorst die vestiging van (perifere) detailhandel buiten het centrumgebied van Twello beperken, omdat het toestaan daarvan zal leiden tot een afname van de leefbaarheid van het centrumgebied en kan leiden tot leegstand. Aanvrager Retailplan wil op het perceel in het tuinbouwgebied – zo'n 3 kilometer buiten het centrumgebied – perifere detailhandel zoals een supermarkt vestigen. Om dit strijdige gebruik mogelijk te maken, heeft Retailplan het college verzocht een omgevingsvergunning met buitenplanse kruimelafwijking voor functiewijziging te verlenen. Het college weigert dit. Volgens zowel de Rechtbank Gelderland als de Afdeling heeft het college dit op goede gronden gedaan. In deze annotatie gaan wij in punt 2 en 3 in op de vraag of duidelijk is hoe de Afdeling bestemmingsplannen van gemeenteraden en weigeringen van omgevingsvergunningaanvragen om af te wijken van onherroepelijke bestemmingsplannen toetst in het licht van art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Wij verklappen u alvast dat deze uitspraak voor wat betreft dit laatste duidelijkheid biedt. Deze uitspraak betreft een besteding van de rechtspraak van de Afdeling die is ingezet met de uitspraken van 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471, AB 2018/459 over de weigering van een omgevingsvergunningaanvraag van Internationale Bike Group voor een fietsenhandel in de periferie van Tilburg en 19 februari

2020, ECLI:NL:RVS:2020:520 over de weigering van een omgevingsvergunningaanvraag voor reguliere detailhandel op het bedrijventerrein in Diemen.

2. Inmiddels is aardig uitgekristalliseerd hoe indringend de Afdeling een bestemmingsplan van een gemeenteraad beoordeelt in het licht van art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. De eerste piketpaal daarvoor is geslagen in de tussenuitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, AB 2018/246, over de zaak Appingedam. Zie daarover ook Langer in: TA 2018/58, Van Angeren en Ravelli in: *M en R* 2018/80, en Botman en Roelands-Fransen in: TO 2019/2. De Afdeling oordeelt dat de gemeenteraad van Appingedam door middel van een bestuurlijke lus beter moet onderbouwen waarom het gerechtvaardigd is om reguliere detailhandel van het Woonplein buiten het centrum te weren. Weliswaar is volgens de Afdeling aangetoond dat deze brancheringsregels noodzakelijk zijn, maar niet goed genoeg is onderbouwd dat het toestaan van reguliere detailhandel op het Woonplein ervoor zou zorgen dat het centrumgebied minder aantrekkelijk en leefbaar wordt. Dit moet worden onderbouwd "*aan de hand van een analyse met specifieke gegevens*". Die analyse ontbreekt (vooral) en daarom is in eerste instantie onduidelijk of de brancheringsregels van Appingedam wel evenredig zijn.

Vervolgens bieden de tussen- en einduitspraken over het bestemmingsplan "Bedrijventerrein" van de raad van Schijndel en het "Reparatie- en actualiseringsplan Maastricht Zuidooost" van de raad van Maastricht een nadere specificering van het toetsingskader bij bestemmingsplannen in relatie tot de Dienstenrichtlijn (ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4196 en ECLI:NL:RVS:2018:4195 en daarover Botman en Roelands-Fransen in: TO 2019/2 alsmede ABRvS 1 april ECLI:NL:RVS:2020:972 en ECLI:NL:RVS:2020:973). Hetzelfde geldt voor de einduitspraak van de Afdeling van 24 juli 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2569, in de zaak Appingedam. In de bestuurlijke lus heeft de gemeenteraad van Appingedam deskundigen onderzoek laten doen naar de gevolgen van het verbieden van reguliere detailhandel op het Woonplein en een substantiële (nadere) onderbouwing gegeven. De Afdeling oordeelt dat deze raad hiermee alsnog aannemelijk heeft gemaakt dat de brancheringsregels in het bestemmingsplan 'Stad Appingedam' effectief zijn voor de situatie in Appingedam, en niet verder gaan dan noodzakelijk is om te voorkomen dat het stadscentrum minder leefbaar wordt door toenemende leegstand. Indien meer ruimte zou worden geboden voor reguliere detailhandel op het Woonplein, kan dat leiden tot het vertrek van publiekstrekkingen in het centrum, waar-

door de leefbaarheid en vitaliteit van het centrum onder druk zou komen. Uiteindelijk zijn de brancheringsregels van de gemeenteraad van Appingedam om reguliere detailhandel op het Woonplein te voorkomen aanvaardbaar, aldus de Afdeling.

Zie verder specifiek over bestemmingsplannen van gemeenteraden waarin brancheringsregels en supermarkten een rol spelen, ABRvS 28 augustus 2019, ECLI:NL:RVS:2019:2939; ABRvS 16 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3506; en ABRvS 4 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4101 en daarover Veenhof in: *PRO* 2020/1. Uit deze rechtspraak blijkt ons inziens dat de Afdeling bij bestemmingsplannen vrij indringend toetst hoe een gemeenteraad onderbouwt dat planregels die (perifere) detailhandel beperken, niet discrimineren, noodzakelijk zijn en evenredig zijn. Op een gemeenteraad rust daarom een substantiële onderbouwingsplicht in het licht van art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn. Daarbij is een beroep van een gemeenteraad op algemene ervaringsregels niet meer voldoende. Tegelijkertijd laten deze rechtspraak en de praktijk ook zien dat als de gemeenteraad serieus werk maakt van deze plicht de eisen van art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn geen onneembare horde zijn.

3. Hoe de toetsing van de Afdeling precies uitpakt bij een college dat een aanvraag om omgevingsvergunning voor afwijken van het bestemmingsplan als bedoeld in art. 2.12 Wabo weigert, wegens strijdigheid met brancheringsregels in een onherroepelijk bestemmingsplan van een gemeenteraad, was tot voor kort minder uitgekristalliseerd. Hierbij speelt in de praktijk een veelheid van vragen een rol. Ligt het op de weg van de aanvrager om te beargumenteren dat sprake is van een eis die een beperking oplevert en er strijd is met de Dienstenrichtlijn? Of dient het college te onderbouwen waarom de in het onherroepelijke bestemmingsplan neergelegde beperkingen gerechtvaardigd zijn in het licht van de daaraan in de Dienstenrichtlijn gestelde eisen? Met de hier geannoteerde uitspraak is hierover meer duidelijkheid gekomen. Dat juichen wij toe. De uitspraak sluit ook goed aan bij de rechtspraak die is ingezet in de uitspraken ABRvS 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471, *AB* 2018/459, over de International Bike Group; en ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520 over reguliere detailhandel op het bedrijventerrein Diemen. Volgens de Afdeling ligt het in eerste instantie op de weg van het college om bij de beslissing over het verlenen van een omgevingsvergunning te onderbouwen dat beperkende brancheringsregels voor (perifere) detailhandel in overeenstemming zijn met de Dienstenrichtlijn, hoewel deze opgenomen zijn in een onherroepelijk bestemmingsplan van de gemeenteraad.

Voorts biedt de hier geannoteerde uitspraak duidelijkheid over de wijze van exceptieve toetsing van brancheringsregels voor (perifere) detailhandel in onherroepelijke bestemmingsplannen in een procedure die is gericht tegen een weigering van een omgevingsvergunning van het college. De Afdeling verwijst hierbij naar ABRvS 27 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4266. Daaruit volgt dat de mogelijkheid om in een procedure die is gericht tegen een besluit omtrent de verlening van een omgevingsvergunning, de gelding van de toepasselijke (onherroepelijke) brancheringsregeling in een bestemmingsplan aan de orde te stellen, niet zover strekt dat deze regeling aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als de toetsingsmaatstaf die wordt gehanteerd in het kader van de beoordeling van beroepen tegen een vastgesteld bestemmingsplan. In een procedure als deze waarin door de aanvrager wordt aangevoerd dat de onherroepelijke bestemmingsregeling in strijd is met een hogere regeling, dient de onherroepelijke bestemmingsregeling slechts onverbindend te worden geacht of buiten toepassing te worden gelaten, indien deze bestemmingsregeling evident in strijd is met de hogere regeling zoals de Dienstenrichtlijn. Een brancheringsregel in een bestemmingsplan is alleen evident in strijd met de Dienstenrichtlijn als de bestuursrechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat zich strijd met deze hogere rechtsnorm voordoet. Beargumenteert de aanvrager dat de brancheringsregeling in strijd is met de Dienstenrichtlijn en ontbreekt een motivering dat aan art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn is voldaan, kan toch geen evidente strijd met de Dienstenrichtlijn worden aangenomen indien het college (alshog) die onderbouwing geeft. Echter, de onderbouwingsplicht van het college gaat niet zo ver dat het de beperking moet onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens, zoals dat bij toetsing van een bestemmingsplan wel het geval is (zie punt 2).

Als gevolg van de hier geannoteerde uitspraak heeft het college dus weliswaar een onderbouwingsplicht bij een weigering van een omgevingsvergunningaanvraag voor afwijking van een onherroepelijk bestemmingsplan, maar deze onderbouwingsplicht is minder zwaar dan die van de raad bij vaststelling van een bestemmingsplan met brancheringsregels voor (perifere) detailhandel. Voornoemde lijn is daarna bestendigd door de Afdeling in andere zaken zoals ABRvS 9 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:698; ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1751; en zeer recentelijk in ABRvS 19 augustus 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2002. Kortom: een welkome verduidelijking in de rechtspraak.

T. Groot en J. Langer