

# Artikel

## Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan

Over een 'goede ruimtelijke ordening' en de 'twijfel aan de juistheid'-toets

Prof. mr. A.G.A. (Tonny) Nijmeijer\*

### 1 Inleiding

Op 16 februari 2018 vond in Utrecht een symposium plaats over het arrest van 30 januari 2018 van het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof), gewezen in de zaak Visser Vastgoed Beleggingen BV tegen de gemeenteraad van Appingedam (C-31/16).<sup>1</sup> Op het symposium, georganiseerd door het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law van de Universiteit Utrecht, hebben verschillende sprekers hun visie op (de gevolgen van) het arrest gegeven.

Deze bijdrage is een bewerking van mijn presentatie aldaar. De bijdrage is beperkt tot twee vragen:

- a. Strookt het Nederlandse criterium 'goede ruimtelijke ordening' van art. 3.1 lid 1 van de Wet ruimtelijke ordening (Wro) met het in de Dienstenrichtlijn (Drl) opgenomen verbod op het hanteren van economische criteria voor de toelating en het verrichten van diensten?
- b. Wat betekenen de in art. 15 lid 3 Drl opgenomen eisen, met name de eis van evenredigheid, voor de motivering van een bestemmingsplan en de rechterlijke toetsing?

Deze vragen komen achtereenvolgens aan bod in de paragrafen 3 en 4, nadat in paragraaf 2 eerst het aangrij-

pingspunt van de Drl nader wordt gezien. Paragraaf 5 bevat de conclusies.

### 2 Aangrijpingspunt richtlijn

#### 2.1 Is een bestemmingsplan een vergunning als bedoeld in de Drl?

Het Hof kwalificeert bestemmingsplanregels met betrekking tot detailhandel als 'eisen' in de zin van art. 4 onder 7 en art. 14 onder 5 Drl. Planregels kwalificeren niet als een 'vergunning' als bedoeld in art. 4 onder 6 en art. 9 en 10 Drl. Voor vergunningen in de zin van de Drl gelden specifieke eisen, zoals het uitgangspunt van een *lex silencio* (art. 13 onder 4 Drl). Het gaat in de zaak Visser Vastgoed Beleggingen BV om een bestemmingsplan dat 'ambtshalve' door de gemeenteraad is vastgesteld. Aan het bestemmingsplan ligt geen concreet verzoek van Visser ten grondslag (uit art. 3.9 Wro blijkt dat een dergelijk verzoek wél mogelijk is).<sup>2</sup> Het Hof geeft geen antwoord op de vraag of een bestemmingsplan dat op basis van een daartoe strekkend verzoek van een concrete detailhandel is vastgesteld, als een vergunning in de zin van de Drl kwalificeert.<sup>3</sup> Ik beantwoord die vraag ontkennend. Het rechtskarakter van de planregeling is naar mijn idee maatgevend. Het feit dat een bestemmingsplan wordt vastgesteld op verzoek verandert niets aan

\* Prof. mr. A.G.A. Nijmeijer is hoogleraar bestuursrecht, in het bijzonder het omgevingsrecht, aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan Hekkelman advocaten in Nijmegen. Hij is tevens rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Gelderland.

1. Zie voor de verwijzingsuitspraak ABRvS 13 januari 2016, ECLI:NL:RVS:2016:75.

2. Wordt het verzoek ingewilligd, dan leidt dat doorgaans tot een zogenoemd 'postzegelbestemmingsplan', een bestemmingsplan voor een relatief klein geografisch gebied.

3. In de conclusie van A-G Szpunar (randnummer 123) in de zaak Visser Vastgoed Beleggingen BV wordt overwogen dat een bestemmingsplan geen vergunning is omdat het een 'abstracte ex-ante-handeling' van de gemeenteraad betreft. Dat ex-ante-element ontbreekt als het bestemmingsplan op verzoek wordt vastgesteld.

het rechtskarakter van het plan. Een bestemmingsplan normeert de gebruiksmogelijkheden van gronden en bouwwerken, ongeacht de (rechts)persoon die dat gebruik uitoefent. Een bevestiging is te vinden in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) van 4 mei 2010, waarin is geoordeeld dat (ook) een bestemmingsplan dat op aanvraag wordt vastgesteld, een algemeen verbindend voorschrift is en géén beschikking in de zin van art. 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).<sup>4</sup> Ik concludeer dat (ook) een bestemmingsplan dat wordt vastgesteld naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek van een concrete detailhandel, niet kwalificeert als een vergunning in de zin van de Drl.

## 2.2 Omgevingsvergunning in relatie tot begrip vergunning als bedoeld in Drl

Voorts rijst de vraag of een omgevingsvergunning voor gebruik in strijd met het bestemmingsplan (art. 2.1 lid 1 onder c van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (Wabo)) wél als een vergunning in de zin van de Drl kwalificeert. Vast staat dat zo'n omgevingsvergunning ziet op een concreet project. Het vergunde project mag in strijd met het bestemmingsplan plaatsvinden, maar de geldende bestemmingsplanregeling blijft onverkort van kracht. Het rechtskarakter van de omgevingsvergunning verschilt aldus van een bestemmingsplanregeling.<sup>5</sup> Dat zou ervoor kunnen pleiten om een omgevingsvergunning voor met het bestemmingsplan strijdig gebruik aan te merken als een vergunning in de zin van de Drl. Daar staat tegenover dat een omgevingsvergunning voor strijdig gebruik niet ten doel heeft om een detailhandelsactiviteit op aspecten als toelaatbaarheid voor de lokale markt te beoordelen of anderszins is bedoeld om een beslissing te nemen over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit (waar art. 4 onder 6 jo. art. 14 onder 5 Drl het oog op heeft). De omgevingsvergunning strekt ertoe om te beoordelen of het strijdige gebruik – dat *kan* detailhandel zijn, maar het verbod in art. 2.1 lid 1 onder c Wabo geldt voor *alle* vormen van gebruik die niet passen binnen een geldende bestemmingsplanregeling – in het perspectief van een 'goede ruimtelijke ordening' toelaatbaar is.<sup>6</sup> Anders gezegd: niet de activiteit waarvoor vergunning wordt verleend, is object van normering, maar – net als bij het bestemmingsplan – het object van normering is een goede ruimtelijke ordening. Mijn conclusie is daarom dat ook een omgevingsvergunning voor strijdig gebruik die betrekking heeft op een detailhandelsactiviteit, *niet* kwalificeert als een vergunning in de zin van de Drl.<sup>7</sup>

4. ABRvS 4 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM3260. In de woorden van A-G Szpunar (randnummer 127): het is geen tot de aanvrager gericht besluit van concrete strekking.
5. ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5725.
6. Art. 2.12 lid 1 onder a Wabo.
7. Bijkomend gevolg is dat het bevoegd gezag niet door de enkele keuze van het instrument – bestemmingsplan of omgevingsvergunning voor strijdig gebruik – de reikwijdte van de Drl kan beïnvloeden.

## 3 Verenigbaarheid 'goede ruimtelijke ordening' met Drl

### 3.1 Algemeen

De toepassing van de Drl op een bestemmingsplanregeling betekent dat een planregeling moet voldoen aan art. 14 onder 5 Drl. Die richtlijnbevestiging verbiedt kort gezegd dat een vestiging van een detailhandelsactiviteit afhankelijk wordt gesteld van de toepassing van economische criteria. Bovendien is art. 15 lid 2 onder a Drl van belang, op basis waarvan geen kwantitatieve of territoriale beperkingen aan de vestiging van een detailhandel mogen worden gesteld, tenzij daarvoor dwingende redenen van algemeen belang bestaan. Dat laatste volgt uit art. 15 lid 3 Drl. Ik zie deze twee elementen vanuit het perspectief van een 'goede ruimtelijke ordening' als bedoeld in art. 3.1 Wro.

### 3.2 Verbod hanteren economische criteria

Of een bestemmingsplanregel rechtmatig is, wordt door de ABRvS beoordeeld op basis van het criterium 'goede ruimtelijke ordening'. Bij een *rechtmatige* toepassing van het criterium berust een bestemmingsplanregeling niet op economische motieven en bevat zij geen economische criteria.<sup>8</sup> Een bestemmingsplan dat beoordeeld in de context van een goede ruimtelijke ordening rechtmatig is, is gefundeerd op ruimtelijk relevante argumenten. Dat kunnen argumenten zijn met betrekking tot ruimtebeslag, parkeerdruk, geluidhinder, ontsluiting van het winkelgebied, stedenbouwkundige aansluiting van winkelkernen, leegstand en logistiek of andere factoren die van belang zijn voor de situering van gebruiksdoelen op een locatie (zowel op zichzelf beschouwd als in onderling verband gezien).<sup>9</sup>

Toegesplitst op detailhandel is een onderscheid tussen een fullservicesupermarkt en een discounter 'in beginsel' bijvoorbeeld in rechte niet aanvaardbaar geacht omdat in de desbetreffende zaak niet aannemelijk was gemaakt in welk opzicht het maken van een onderscheid ruimtelijk relevant is.<sup>10</sup> Al vóór voordat art. 1.1.2 in het Besluit ruimtelijke ordening (Bro) werd opgenomen, is diverse malen door de ABRvS uitgesproken dat economische argumenten zich niet verdragen met een 'goede ruimtelijke ordening'. Het betreft dan met name bestemmingsplanzaken waarin een distributieplanolo-

8. Niet alle onrechtmatige toepassingen van het criterium worden in rechte tenietgedaan. Zo is in ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:420 bijv. een bestemmingsplan aan de orde dat in de planregels ten aanzien van de uitbreiding van agrarische bedrijfsbebouwing expliciet verwijst naar een 'economische noodzaak' (zie r.o. 42 van de uitspraak).
9. Het betreft met andere woorden de *situeringkenmerken* van gebruik van gronden en bouwwerken. De term *situeringkenmerk* is ontleend aan P. van der Ree, Met woord en kaart. Over detaillering en reikwijdte van bestemmingsplanregeling (Bouwrechtmonografieën nr. 18), Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2000, p. 249 e.v.
10. De toevoeging 'in beginsel' laat de mogelijkheid open dat in een andere situatie het onderscheid tussen fullservicesupermarkt en discounter wellicht wél op basis van ruimtelijk relevante argumenten wordt onderbouwd, zoals ruimtebeslag in de vorm van benodigde parkeerruimte of bevoorrading.

gisch onderzoek (DPO) een rol speelt. Kort gezegd komt een dergelijk onderzoek in een bestemmingsplanprocedure in beeld als een ondernemer de vestiging (of uitbreiding) van een concurrent wil voorkomen teneinde het voortbestaan van de eigen onderneming te beschermen. Een beroep op tanende winst of gedwongen beëindiging van de onderneming mag niet baten. De ABRvS oordeelt stevast dat binnen de grenzen van een goede ruimtelijke ordening de economische positie van de ondernemer niet relevant is. De omstandigheid van een overaanbod op zich noopt niet tot de conclusie dat het voorzieningenniveau in een gemeente duurzaam wordt ontworpen, ook niet als niet is uitgesloten dat als gevolg van de vestiging van nieuwe winkels op termijn één of meer ondernemers de bedrijfsvoering moeten beëindigen. Het doorslaggevende criterium is of inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften.<sup>11</sup>

Aan de hiervoor ter illustratie genoemde uitspraken kunnen vele uitspraken worden toegevoegd waarin de ABRvS duidelijk maakt dat economische criteria niet relevant zijn voor het bepalen van de inhoud van een bestemmingsplanregel. Naar mijn mening borgt een rechtmatige toepassing van het criterium ‘goede ruimtelijke ordening’ dan ook dat een bestemmingsplanregeling niet is ingegeven door doelen van economische planning of economische criteria. De toepassing van art. 14 lid 5 Drl op een bestemmingsplanregeling voor detailhandel noopt daarom niet tot wijzigingen in de te hanteren materiële norm van art. 3.1 lid 1 Wro.

### 3.3 Verbod kwantitatieve of territoriale eisen

Een bestemmingsplanregeling met betrekking tot detailhandel is per definitie territoriaal (plangebied en differentiatie tussen bestemmingen en gebruiksregels binnen dat gebied) en bevat vaak kwantitatieve beperkingen (o.a. begrenzing vloeroppervlak). Ingevolge art. 15 lid 3 Drl zijn zulke beperkingen alleen toegestaan onder de daar genoemde voorwaarden. Deze voorwaarden komen in de volgende paragraaf aan bod.<sup>12</sup>

11. ABRvS 10 juli 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7245, ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192 en ABRvS 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2554, met name r.o. 15.1.

12. Het eerste lid van art. 15 Drl verplicht de lidstaten te onderzoeken of in hun rechtsstelsel de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en ziet erop toe dat eventueel bestaande eisen verenigbaar zijn met de in lid 3 bedoelde voorwaarden. De lidstaten moeten hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aanwenden om de eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen. Deze plicht geldt dus ook voor bestemmingsplannen, maar ik laat het omwille van de toegestane omvang van deze bijdrage verder buiten beschouwing. Zie voor een verdere beschouwing J.W. van de Gronden, De Dienstenrichtlijn en Dienstenwet: Europese trends in het nationale bestuursrecht, in: R.J.N. Schlössels e.a., In het nu... wat worden zal. Over toekomstig bestuursrecht, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 445-446.

## 4 Eisen aan een planregeling volgens art. 15 lid 3 Drl

### 4.1 Algemeen

Ingevolge art. 15 lid 3 Drl zijn kwantitatieve of territoriale eisen alleen toegestaan als is voldaan aan:

- het discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;
- noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- 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.

Of aan art. 15 lid 3 Drl in een concreet geval wordt voldaan, moet worden beoordeeld door de ABRvS. Op dit punt kan het arrest van het Hof gevolgen hebben voor de bestemmingsplanpraktijk, in het bijzonder in de context van de motiveringsplicht van de planwetgever en de toetsing dienaangaande door de ABRvS.

### 4.2 Discriminatieverbod

Een bestemmingsplan is als gezegd een algemeen verbindend voorschrift aangaande de gebruiksmogelijkheden van gronden en bouwwerken. Die gebruiksmogelijkheden gelden ongeacht de (rechts)persoon van de gebruiker. Dit rechtskarakter impliceert dat een bestemmingsplanregeling niet discrimineert als bedoeld in art. 15 lid 3 Drl.

### 4.3 Noodzakelijkheid

De voorganger van het huidige art. 3.1 lid 1 Wro – art. 10 van de Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) – bepaalde uitdrukkelijk dat gebruiksregels in een bestemmingsplan slechts om ‘dringende redenen een beperking van het meest doelmatige gebruik’ mochten inhouden. Planregels moesten *nodig* zijn met het oog op de in het plan toebedeelde bestemming. Die wettelijke eis betekende bijvoorbeeld dat een vergunningplicht voor het uitvoeren van werken onrechtmatig werd geoordeeld omdat de noodzaak tot regulering door de planwetgever onvoldoende inzichtelijk was gemaakt. Uit het criterium werd ook reeds afgeleid dat planregels binnen een bestemming ‘detailhandel’ alleen toelaatbaar waren als daarvoor een dringende (planologische) reden was te geven.<sup>13</sup>

Sinds de inwerkingtreding van de Wro in 2008 is niet langer in de wet vastgelegd dat een bestemmingsplanregel nodig moet zijn. Niettemin wordt algemeen aangenomen dat die voorwaarde nog steeds geldt. Immers, het vaststellen van regels die niet nodig zijn, is niet ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening. Dergelijke

13. P.J.J. van Buuren, Ch. Backes & A.A.J. de Gier, Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht, Deventer: Kluwer 1994, p. 38.

regels raken aan willekeur.<sup>14</sup> Gelet op de inhoudelijke parallel tussen de in art. 14 onder 5 Drl vereiste aanwezigheid van ruimtelijk relevante argumenten in de context van dwingende redenen van algemeen belang én de betekenis die daaraan in de Nederlandse (rechts)praktijk wordt gehecht, is naar mijn idee verdedigbaar dat de invulling van de noodzakelijkheid van een bestemmingsplanregeling in de Nederlandse (rechts)praktijk voldoet aan de eis van noodzakelijkheid in art. 15 lid 3 Drl.

## 4.4 Evenredigheid

### 4.4.1 Algemeen

De Drl eist dat een bestemmingsplanregeling met betrekking tot detailhandel geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en dat dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Dit element verdient in relatie tot de Nederlandse bestemmingsplanpraktijk de meeste aandacht.

### 4.4.2 Evenredigheid en doel-middeltoets

De ABRvS toetst of een bestemmingsplanregel is gebaseerd op een evenredige belangenafweging als bedoeld in art. 3:4 lid 2 Awb.<sup>15</sup> Die evenredigheidstoets lijkt doorgaans echter geen toetsing van de geschiktheid van de planregeling in te houden, als verlangd door art. 15 lid 3 Drl. Althans, een doel-middeltoets wordt in uitspraken zelden verwoord. Een verkennend onderzoekje op [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl) met de zoekterm 'geschikt' of 'geschiktheid' levert vooral zaken op waarin de geschiktheid van een locatie in beroep ter discussie staat en niet zozeer de bestemmingsplanregeling als zodanig.<sup>16</sup>

Het feit dat een doel-middeltoets niet expliciet uit de overwegingen blijkt, wil echter niet zeggen dat een dergelijke toets door de bestuursrechter in het geheel niet is verricht. Denkbaar is dat een beoordeling van doel en middel naar Nederlands recht onder een andere juridische vlag dan 'evenredigheid' plaatsvindt. De toets aan noodzakelijkheid omvat in zeker opzicht een toets aan geschiktheid: een regeling die het beoogde doel niet kan bereiken, strekt niet ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening en is dus niet nodig. Een voorbeeld van een in de noodzakelijkheidstoets ingebedde doel-middeltoets biedt een uitspraak van 21 februari 2018, waar onder de kop 'nut en noodzaak' door de ABRvS wordt beoordeeld of een in een bestemmingsplan opgenomen regeling voor de bouw van windturbines bijdraagt aan het daarmee beoogde doel in de sfeer van een te behalen aandeel windenergie dat in het Energieakkoord is vast-

gelegd.<sup>17</sup> Ten aanzien van art. 3:4 lid 2 Awb verdient voorts opmerking dat de memorie van toelichting bij de Awb stelt dat deze bepaling ertoe strekt om het willekeurverbod, het materiële zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel te codificeren.<sup>18</sup> Dat brede perspectief maakt het mogelijk dat een toets van de geschiktheid van een bestemmingsplanregeling plaatsvindt onder de reikwijdte van art. 3:4 lid 2 Awb. Een pleidooi voor een duidelijke(r) positie van de doel-middeltoets binnen de context van art. 3:4 lid 2 Awb is in meer algemene zin – namelijk in het kader van de (on)mogelijkheden voor de bestuursrechter om algemeen verbindende voorschriften exceptief te toetsen – gehouden door staatsraad advocaat-generaal Widdershoven.<sup>19</sup> De Nederlandse rechter kan zich volgens Widdershoven 'meer oriënteren op de door het Hof van Justitie in het kader van evenredigheid toegepaste diertrapstoets aan geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid'.<sup>20</sup> Deze ietwat voorzichtig geformuleerde suggestie aan de bestuursrechter wordt met de toepassing van art. 15 lid 3 Drl op bestemmingsplanregelingen urgenter. De vraag is echter wat een doel-middeltoets in relatie tot een bestemmingsplanregeling voor de (rechts)praktijk nu concreet betekent. Ik maak daarbij onderscheid tussen de motiveringsplicht van de planwetgever en de rechterlijke toetsing door de ABRvS.

### 4.4.3 Doel-middeltoets en motiveringsplicht planwetgever

Voor de planwetgever betekent het dat het doel en het gekozen middel om dat doel te bereiken – de desbetreffende bestemmingsplanregeling met betrekking tot detailhandel – voldoende inzichtelijk moeten worden gemaakt in de plantoelichting. Een kwestie van motiveren dus, waarbij frequent gebruik zal worden gemaakt van onderzoeksrapporten van deskundigen. Een dergelijke motiveringsplicht is inherent aan het in de plantoelichting verantwoorden van de gemaakte planologische keuzes, waartoe art. 3.1.6 lid 1 Bro reeds verplicht. In veel gevallen wordt aan die motiveringsplicht voldaan, maar in sommige gevallen ook niet. Toepassing van art. 15 lid 3 Drl benadrukt het belang van een deugdelijke motivering omtrent de geschiktheid van de planregeling, maar een significante verzwaring van de onderzoekslasten zoals die uit art. 3.1.6 lid 1 Bro voortvloeien, zie ik daarin niet.

Een verzwaring doet zich wél voor als inzichtelijk moet worden gemaakt welke keuzes juist *niet* in de desbetreffende bestemmingsplanregeling zijn vervat. Daartoe verplicht art. 15 lid 3 Drl, omdat inzichtelijk moet worden gemaakt dat minder beperkende maatregelen om het planologische doel te bereiken in het concrete geval ontbreken. Dat type motivering wordt niet vaak opgeno-

14. Zie voor uitgebreide beschouwingen over het noodzakelijkheids criterium Van der Ree 2000, par. 4.3, met jurisprudentieverwijzingen.

15. O.a. ABRvS 5 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1805, met name r.o. 6 en uitgebreid over de rechterlijke toets J. Robbe, De bestemmingsplanprocedure en de zelfstandige projectprocedure, Deventer: Kluwer 2000, p. 261 e.v.

16. Beperkt tot het jaar 2018: ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:612, met name r.o. 6.1, ABRvS 21 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:595, met name r.o. 6.2, ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:418, met name r.o. 3 en ABRvS 31 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:328, met name r.o. 12.2.

17. ECLI:NL:RVS:2018:616, met name r.o. 51.2.

18. PG Awb I, p. 210 e.v.

19. Conclusie d.d. 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557 in de zaken 201701963/3/R1 en 201705745/2/A1; zie met name punt 8.7 van de conclusie. Een vergelijkbaar pleidooi houden J.C.A. de Poorter & F. Capkurt, Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften, NTB 2017/10, afl. 3, p. 84-95.

20. Voor een analyse van die jurisprudentie, zie punt 7.8 van zijn conclusie.



men in een plantoelichting bij een bestemmingsregeling met betrekking tot detailhandelsactiviteiten. Dit element betekent in ieder geval in theorie een verzwarende van de motiveringsplicht van de planwetgever.<sup>21</sup> In theorie, omdat op voorhand niet duidelijk is welke inhoudelijke eisen door de ABRvS op dit punt aan de motivering worden gesteld. Als genoegzaam wordt genomen met een frase in de plantoelichting dat ‘minder beperkende maatregelen niet beschikbaar zijn gebleken’ of woorden van gelijke strekking, dan is van een verzwarende de facto immers geen sprake.

#### 4.4.4 Indringendheid doel-middeltoets ABRvS

Als in de plantoelichting in het geheel niet is ingegaan op de geschiktheid van de planregeling met het oog op een daarmee te bereiken doel, dan zal het plan de eindstreep in rechte niet halen wegens een motiveringsgebrek.<sup>22</sup> Op het moment dat in de plantoelichting de geschiktheid van de planregeling en het ontbreken van minder beperkende maatregelen zijn onderbouwd, rijst de vraag hoe indringend de ABRvS die onderbouwing zal toetsen. Een aantal factoren bemoeilijkt een inhoudelijke rechterlijke toets.

In de eerste plaats meen ik dat naarmate een doel meer in kwalitatieve dan in kwantitatieve termen is verwoord, het lastiger is om te bepalen welke middelen dat doel kunnen dienen en of het ene middel minder beperkend is dan het andere. Planologische doelen zijn vaak kwalitatief omschreven en mede afhankelijk van lokale beleidskeuzes. Een willekeurig voorbeeld uit de regels van het Utrechtse bestemmingsplan Van Sijpesteijnkwartier-Jaarbeursplein:<sup>23</sup>

#### ‘Artikel 12 Algemene afwijkingsregels

Burgemeester en wethouders kunnen, *mits geen onevenredige afbreuk* [curs. TN] wordt gedaan aan het straat- en bebouwingsbeeld, de woonsituatie, de milieusituatie, de verkeersveiligheid, de sociale veiligheid en de gebruiksmogelijkheden van de aangrenzende gronden, afwijken van:

(...)

Van kwantitatief geformuleerde doelstellingen of absolute doelstellingen is zelden sprake. In de tweede plaats is het zo dat een planologisch doel vaak op meerdere

manieren door een planregeling kan worden bereikt. Het uitsluiten van intensieve melkveehouderij kan bijvoorbeeld door het opnemen van een daartoe strekkend gebruiksverbod in het bestemmingsplan, maar het kan ook door een gebruiksregel die verplicht tot een grondgebonden bedrijfsvoering.<sup>24</sup> Welke optie in een concreet geval geschikt en tegelijkertijd het minst ingrijpend is, hangt af van verschillende factoren. Bijvoorbeeld de beschikbaarheid van weidegrond in een plangebied. De keuze voor het planologische middel om een planologisch doel te bereiken, is daarom in mijn optiek bij uitstek een keuze die door de planwetgever op basis van de lokale omstandigheden én het door hem gevoerde planologische beleid moet worden gemaakt. Als van de bestuursrechter wordt verlangd dat hij zijn oordeel omtrent een goede ruimtelijke ordening in de plaats stelt van dat van de planwetgever (voor zover een rechter daartoe inhoudelijk al in staat is; hij is bijvoorbeeld gebonden aan de gronden van het beroep), dan is de rechter bezig met regelgeving en niet met rechtspreken. Dat kan niet de bedoeling zijn, ook niet van art. 15 lid 3 Drl. Ook op dit punt is de conclusie van Widdershoven interessant, waar de A-G analyseert:

‘(...) dat uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat een meer expliciete toets aan de trits niet betekent dat de toetsing van algemeen verbindende voorschriften, voor zover er bij de vaststelling daarvan beslissingsruimte bestaat, inhoudelijk veel indringender zal zijn dan thans. In dat geval toetst immers ook het Hof van Justitie EU-wetgeving op “kennelijke ongeschiktheid” (...). Zoals ik al heb aangegeven betekent dit onder meer dat de rechterlijke evenredigheidstoetsing van algemeen verbindende voorschriften van direct gekozen organen zoals de gemeenteraad of provinciale staten, voor zover de doelstelling van die voorschriften onbepaald is (vooral bij autonome verordeningen), inhoudelijk terughoudend zal blijven. (...) Kort en goed, nu de bestuursrechters het evenredigheidsbeginsel hebben ontdekt als toetsingsnorm zouden zij door toepassing van de genoemde trits meer structuur kunnen geven aan de beoordeling ervan. *Dat betekent niet dat de toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan evenredigheid inhoudelijk veel indringender wordt* [curs. TN].’

Afgaande op de bestaande praktijk rond het vaststellen van bestemmingsplanregelingen met betrekking tot detailhandel, zal een onderbouwing als bedoeld in art. 15 lid 3 Drl in belangrijke mate worden gebaseerd op onderzoeksrapporten van deskundigen. Over de intensiteit waarmee de rechter het onderzoek toetst, merkt Widdershoven in punt 8.8 van zijn conclusie op dat die per aspect (onderdeel) van het onderzoek kan verschillen en afhankelijk is van de bestuurlijke beslissingsruimte. Volgens Widdershoven zal de rechter de feitenvaststelling doorgaans zonder terughoudendheid toetsen, terwijl bij de waardering van de feiten, vooral als daar-

21. Widdershoven stelt (zie punt 8.8 van zijn conclusie) dat als in het kader van evenredigheid uitdrukkelijk wordt getoetst aan de trits geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid, dat een uitbreiding betekent van de onderzoeksplicht, in die zin dat met het oog op de noodzakelijkheidstoets ook moet worden onderzocht of er wellicht minder ingrijpende alternatieven zijn. Een accentuering van de motiveringsplicht ziet ook Van de Gronden 2018, p. 445.

22. Als een dergelijk motiveringsgebrek bij exceptieve toetsing door de ABRvS wordt vastgesteld, dan betekent dat niet dat het bestemmingsplan onverbindend moet worden verklaard als wordt aanvaard dat het verwerend orgaan, hangende de zaak waarin een algemeen verbindend voorschrift (exceptief) wordt aangevochten, het voorschrift alsnog deugdelijk (en kenbaar) motiveert of een al gegeven motivering aanvult met nieuwe argumenten en bewijs. In randnummer 8.10 van zijn eerdergenoemde conclusie pleit A-G Widdershoven voor zo'n ‘reparatiemogelijkheid’. Ik ben het daarmee eens.

23. Te raadplegen via [www.ruimtelijkeplannen.nl](http://www.ruimtelijkeplannen.nl).

24. Bijv. ABRvS 13 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2480.

voor bijzondere deskundigheid noodzakelijk is, terughoudendheid kan worden betracht. Hoe de ABRvS in bestemmingsplanzaken invulling gaat geven aan de uit art. 15 lid 3 Drl voortvloeiende doel-middeltoets moet worden afgewacht, maar ik waag mij aan een voorspelling.

Die voorspelling is gebaseerd op bestemmingsplanzaken waarin het bestreden besluit in belangrijke mate is gebaseerd op daaraan ten grondslag liggende onderzoeksrapporten van deskundigen en waarin het in de kern gaat om het inzichtelijk maken van planologische doelen en middelen. Ik heb het oog met name op bestemmingsplanzaken waarin de ‘ladder voor duurzame verstedelijking’ een rol speelt. In die zaken wordt door partijen dikwijls over en weer geschermd met allerhande onderzoeksrapporten die (uiteeraard) het eigen standpunt onderbouwen. In haar ‘overzichtsuitspraak’ van 28 juni 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:1724) geeft de ABRvS aan (zie r.o. 11) hoe zij toetst:

‘De Afdeling beoordeelt, indien de beroepsgronden daartoe aanleiding geven en aan de hand daarvan, of de beschrijving van de behoefte in de toelichting, dan wel in de documenten waarnaar in de toelichting ter beschrijving van deze behoefte wordt verwezen, niet zodanig gebrekkig is of zodanige leemten in kennis of dusdanige onjuistheden vertoont dat de raad zich hierop niet heeft mogen baseren (uitspraak van 17 juni 2015, ECLI:NL:RVS:2015:1900 (Weesp)). Hierbij acht de Afdeling van belang of een appellant voldoende concrete aanknopingspunten voor *twijfel aan de juistheid of volledigheid* [curs. TN] van de beschrijving van de behoefte naar voren heeft gebracht (uitspraak van 26 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2679 (Nieuwkoop)).

Ten aanzien van in de toelichting, of in de documenten waarnaar in de toelichting ter beschrijving van de behoefte wordt verwezen opgenomen uiteenzettingen en berekeningen die zien op toekomstige ontwikkelingen, beoordeelt de Afdeling of hetgeen in beroep is aangevoerd aanleiding geeft voor het oordeel dat de daarin neergelegde verwachtingen omtrent deze ontwikkelingen niet zodanig afwijken van hetgeen *redelijkerwijs* [curs. TN] is te verwachten dat het bestuursorgaan zich hier bij zijn besluitvorming niet op heeft mogen baseren (uitspraak van 6 november 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1859 (Ede)).

De Afdeling stelt niet zelf vast of het plan in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening, maar beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden of de raad zich *in redelijkheid* [curs. TN] op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening, meer in het bijzonder of de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de in het plan voorziene nieuwe stedelijke ontwikkeling voorziet in een behoefte, als bedoeld in artikel 3.1.6, tweede lid, van het Bro en dat het plan geen onaanvaardbare structurele leegstand in het desbetreffende gebied tot

gevolg heeft (uitspraak van 5 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:743 (Son en Breugel)).’

De inhoudelijke intensiteit van deze toets vat ik gemakshalve samen als een ‘twijfelen aan de juistheid-toets’. Die toets houdt in dat op basis van de door de planwetgever gegeven onderbouwing door de rechter wordt bezien of hij zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de vastgestelde planregeling strekt ten behoeve van een goede ruimtelijke ordening.<sup>25</sup> En dan alleen voor zover de beroepsgronden voor zo’n toetsing aanleiding geven (er wordt dus niet ambtshalve aan art. 3.1 lid 1 Wro getoetst; art. 15 lid 3 Drl brengt daarin geen verandering<sup>26</sup>). Het oordeel dat in redelijkheid een bepaalde keuze door de planwetgever is gemaakt, impliceert naar mijn idee dat de planwetgever er terecht van uit is gegaan dat minder beperkende alternatieven voor de vastgestelde planregeling ontbreken. Een voorbeeld van een dergelijke benadering is onder meer te vinden in een recente uitspraak over de uitbreiding van een Lidl. Door appellanten die tegen de uitbreiding pleitten, was onder meer gewezen op een alternatief – ‘scenario 3’ – voor de in het bestemmingsplan toegestane uitbreiding. De ABRvS overweegt na een bespreking van de aan de planvaststelling ten grondslag liggende onderzoeken (r.o. 14.7):

‘In hetgeen [appellante sub 1] naar voren heeft gebracht, in het bijzonder hetgeen in het rapport van City Works staat, ziet de Afdeling geen aanleiding te twijfelen aan de juistheid van hetgeen de raad naar voren heeft gebracht over de kwalitatieve behoefte aan de tot 480 m<sup>2</sup> beperkte uitbreiding van de Lidl. (...)

Een en ander leidt tot de conclusie dat hoewel sprake is van een negatieve mark[t]ruimte, de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat het plan leidt tot een versterking van de detailhandelsstructuur waarmee toename van de leegstand wordt tegengegaan. Uit het voorgaande volgt dat het plan in overeenstemming is met artikel 3.1.6, tweede lid, aanhef en onder a, van het Bro. *Nu de raad in redelijkheid heeft kunnen kiezen voor een uitbreiding van de Lidl met 480 m<sup>2</sup> wvo, heeft de raad het alternatief “scenario 3” mogen afwijzen* [curs. TN].<sup>27</sup>

Gelet op hetgeen hiervoor is gesteld omtrent de relatie tussen planologische doelen en daartoe gekozen planologische middelen is mijn verwachting dat de ABRvS ten aanzien van de onderbouwing of een bestemmingsplanregeling geschikt is voor de in relatie tot detailhandel gestelde doelen en of minder beperkende maatregelen

25. In vergelijkbare zin o.a. ABRvS 28 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:638.

26. In het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05, Van der Weerd e.a. (www.curia.europa.eu), is uitgemaakt dat het Unierecht de nationale rechter niet verplicht om ambtshalve te toetsen aan gronden ontleend aan bepalingen van Unierecht, aangezien noch het gelijkwaardigheidsbeginsel noch het doeltreffendheidsbeginsel dit vereist.

27. ABRvS 7 februari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:430.

beschikbaar zijn om die doelen te bereiken, evenzeer een ‘twijfel aan de juistheid-toets’ zal hanteren. In hoeverre die verwachting juist is, zal met de uitspraak van de ABRvS in de zaak Visser blijken.

## 5 Conclusie

De Drl is van toepassing op bestemmingsplanregelingen met betrekking tot detailhandel. Bestemmingsplanregelingen kwalificeren als ‘eisen’ in de zin van de Drl, ongeacht of een bestemming ambtshalve of naar aanleiding van een daartoe strekkend verzoek wordt vastgesteld. Materieel gezien noopt de richtlijn niet tot een andere invulling van het criterium ‘goede ruimtelijke ordening’. Een rechtmatige toepassing van dat criterium borgt dat een bestemmingsplanregeling niet in strijd is met de Drl.

Wel wordt het belang van een deugdelijke motivering van het planologische doel en het planologische middel door het arrest geaccentueerd. Nieuw voor de bestemmingsplanpraktijk is de evenredigheid als bedoeld in art. 15 lid 3 Drl, die vereist dat wordt gemotiveerd dat minder beperkende planologische maatregelen niet beschikbaar zijn. Welke eisen de ABRvS aan die motivering stelt, moet worden afgewacht. Aansluiting bij de wijze van toetsing in bestemmingsplanzaken waarin planologische keuzes in belangrijke mate zijn gebaseerd op onderzoeksrapporten van deskundigen, ligt voor de hand. De rechter toetst dan of hetgeen door appellanten in beroep naar voren is gebracht, reden geeft tot twijfel omtrent de juistheid en volledigheid van het door de planwetgever aan zijn besluit ten grondslag gelegde onderzoek en – in samenhang daarmee – of de planwetgever in redelijkheid de door hem gemaakte planologische keuzes in de context van een goede ruimtelijke ordening heeft kunnen maken.