

Publicatie

Auteurs: S.T.J. Olierook & F.A.R. van Vlijmen
Verschenen in: Gemeentestem (Gst.), augustus, afl. 7510, Gst. 2020/113
Datum: 26-02-2020
Titel: Bestuursrechter toetst 'vol' of de betreffende planregel aan de Dienstenrichtlijn voldoet

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

26 februari 2020, 201806009/1/R3

ECLI:NL:RVS:2020:624

(R. Uylenburg, H.G. Sevenster en E.A. Minderhoud)

M.nt. S.T.J. Olierook & F.A.R. van Vlijmen

Dienstenrichtlijn. Toetsingsmaatstaf bij herziening bestemmingsplan. Bestuursrechter toetst 'vol' of de betreffende planregel aan de Dienstenrichtlijn voldoet. (Hardenberg)

Brancheringsregelingen in bestemmingsplannen dienen in overeenstemming te zijn met de voorwaarden die zijn neergelegd in art. 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn. Dit geldt ook als er bij wijze van exceptie wordt getoetst aan een bestemmingsplan in het kader van een besluit over een omgevingsvergunning. De intensiteit waarmee de bestuursrechter een brancheringsregel toetst aan de Dienstenrichtlijn is dan echter niet hetzelfde als wanneer een besluit tot herziening van een bestemmingsplan voorligt. In geval van een besluit over een omgevingsvergunning wordt een toetsingsmaatstaf gehanteerd die erop neerkomt dat een planregeling alleen onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten indien deze regeling evident in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Gaat het om een besluit tot herziening van een bestemmingsplan, dan toetst de bestuursrechter 'vol' of de betreffende planregeling aan de Dienstenrichtlijn voldoet. De bestuursrechter beperkt zich dan niet tot een toets aan het evidentie criterium.

Partij(en)

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 8:51d van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in het geding tussen:

Aldi Ommen B.V. en Aldi Vastgoed B.V., gevestigd te Ommen, onderscheidenlijk

Culemborg (hierna gezamenlijk en in enkelvoud: Aldi),

appellanten,

en

de raad van de gemeente Hardenberg,

verweerder.

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 9 januari 2018 heeft de raad de aanvraag van Aldi om een bestemmingsplan vast te stellen waarin wordt voorzien in een mogelijkheid om een supermarkt te vestigen op een locatie op het Mercator-terrein, afgewezen.

Bij brief van 20 februari 2018 heeft Aldi tegen dit besluit bezwaar gemaakt.

Bij brief van 14 juni 2018 heeft Aldi beroep tegen het niet tijdig beslissen op bezwaar ingesteld.

Bij besluit van 17 juli 2018 heeft de raad het door Aldi gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit heeft Aldi beroep ingesteld.

De raad heeft een verweerschrift ingediend.

Aldi heeft een nader stuk ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 23 juli 2019, waar Aldi, vertegenwoordigd door mr. H. Doornhof, advocaat te Amsterdam, [gemachtigden], en de raad, vertegenwoordigd door mr. J. Kevelam, advocaat te Almelo, en mr. I. Hulshof, zijn verschenen.

De Afdeling heeft na zitting het onderzoek heropend en de zaak verwezen naar een meervoudige kamer. De Afdeling heeft aanleiding gezien de zaak op een tweede zitting

te behandelen, welke zitting op 5 december 2019 heeft plaatsgevonden.

Voorafgaand aan deze zitting hebben Aldi en de raad nadere stukken ingediend.

Ter zitting van 5 december 2019 zijn Aldi, vertegenwoordigd door mr. H. Doornhof en mr. D.R. Pinxter, beiden advocaat te Amsterdam, [gemachtigden] en de raad, vertegenwoordigd door mr. J. Kevelam, advocaat te Almelo, drs. M.C.J. Romijn, K. Pielman en W.G.J. Sauer, verschenen.

Overwegingen

Inleiding

1.
Aldi is sinds 1981 gevestigd aan de Julianastraat 81 in Dedemsvaart. Volgens Aldi voldoet de huidige locatie met een winkelvloeroppervlakte van 594 m² niet meer, mede omdat uitbreiding op deze locatie niet goed mogelijk is en hier onvoldoende parkeergelegenheid is. Om een toekomstige bedrijfsvoering te garanderen is het volgens Aldi noodzakelijk om de supermarkt te verplaatsen. Het Mercator-terrein is volgens Aldi de enige locatie in Dedemsvaart waar de supermarkt kan worden voortgezet. Het Mercator-terrein ligt buiten het zogenoemde kernwinkelgebied en aanloopgebied als bedoeld in de Detailhandelsstructuurvisie Hardenberg, vastgesteld door de raad bij besluit van 4 juli 2017 (hierna: de Detailhandelsstructuurvisie). Aan de gronden op het Mercator-terrein waar Aldi zich wil vestigen is in het bestemmingsplan "Bedrijvenpark Mercator" de bestemming "Bedrijfsgebied II" toegekend. Op grond van artikel 7 van de regels van dit plan is op deze gronden geen supermarkt toegestaan. Om die reden heeft Aldi de raad verzocht de desbetreffende planregel te herzien en planologische medewerking te verlenen aan de vestiging van een Aldi-supermarkt met een winkelvloeroppervlakte van 1.254 m² op het Mercator-terrein.

Toetsingskader

2.
Bij het besluit omtrent de vaststelling van een bestemmingsplan heeft de raad beleidsruimte en moet hij de betrokken belangen afwegen. De Afdeling maakt die afweging niet zelf, maar beoordeelt aan de hand van de beroepsgronden

of het besluit om het bestemmingsplan niet vast te stellen in overeenstemming is met het recht.

Wettelijk kader

3.
De relevante bepalingen van de Awb en de Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PG 2006, L 376/36; hierna: de Dienstenrichtlijn) zijn opgenomen in de bijlage die deel uitmaakt van deze uitspraak. Andere bepalingen zijn voor de leesbaarheid in de uitspraak weergegeven.

HET BEROEP TEGEN HET NIET TIJDIG NEMEN VAN EEN BESLUIT OP BEZWAAR

4.
Aldi betoogt dat de raad niet tijdig heeft beslist op haar bezwaarschrift tegen het besluit van 9 januari 2018. Hoewel de raad inmiddels inhoudelijk heeft besloten, verzoekt Aldi de Afdeling om de raad te veroordelen in de proceskosten.

4.1.
De raad heeft bij besluit van 17 juli 2018 alsnog besloten op het bezwaar van Aldi tegen de afwijzing van haar verzoek om een bestemmingsplan vast te stellen waarin wordt voorzien in een mogelijkheid om een supermarkt te vestigen op het Mercator-terrein. Niet is gebleken van omstandigheden die aanleiding geven voor het oordeel dat Aldi nog belang heeft bij een inhoudelijke beoordeling van haar beroep tegen het niet tijdig nemen van een besluit. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in onder meer de uitspraak van 4 februari 2015, ECLI:NL:RVS:2015:278, geeft de vraag of een proceskostenveroordeling moet worden uitgesproken onvoldoende aanleiding om tot een inhoudelijke beoordeling van de zaak over te gaan. Het beroep is niet-ontvankelijk.

4.2.
Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling van 28 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH1143, overweegt de Afdeling dat indien een beroep wegens het ontbreken van belang niet-ontvankelijk moet worden verklaard, dient te worden bezien of in de omstandigheden van het geval, in het bijzonder in de reden voor het vervallen van het belang, grond is gelegen om over te gaan tot een proceskostenveroordeling. Een zodanige grond kan liggen in de omstandigheid dat het bestuursorgaan aan de indiener van het beroep is tegemoet gekomen. De Afdeling heeft eerder

het alsnog nemen van een uitdrukkelijk besluit hangende de procedure tegen het uitblijven van een tijdig besluit aangemerkt als tegemoetkomen als bedoeld in artikel 8:75a, eerste lid, van de Awb. Hiervoor is wel van belang dat is voldaan aan de voorwaarden voor het instellen van een beroep wegens het niet tijdig nemen van een besluit (zie onder meer de uitspraak van 3 juni 2015, [ECLI:NL:RVS:2015:1753](#)).

4.3.

Ingevolge artikel 7:10, eerste lid, van de Awb in samenhang met artikel 7:13 van de Awb diende de raad uiterlijk op 17 mei 2018 een besluit op het bezwaar te nemen. Dit heeft de raad niet gedaan. Bij brief van 31 mei 2018, door de raad ontvangen op 1 juni 2018, heeft Aldi de raad in gebreke gesteld. Ingevolge artikel 6:12, tweede lid, aanhef en onder b, van de Awb diende de raad binnen twee weken na de dag waarop Aldi hem schriftelijk heeft medegedeeld dat hij in gebreke is, alsnog een besluit op bezwaar te nemen. Dit heeft de raad niet gedaan. De Afdeling concludeert dat gelet hierop aan de voorwaarden voor het instellen van een beroep wegens het niet tijdig nemen van een besluit is voldaan en recht bestaat op een vergoeding van de proceskosten. De Afdeling verwijst op dit punt naar overweging 18 van deze uitspraak.

HET BEROEP TEGEN HET BESLUIT VAN 17 JULI 2018

Gemeentelijke beleid

5.

Aldi betoogt dat de raad er ten onrechte van is uitgegaan dat de Detailhandelsstructuurvisie in de weg staat aan verplaatsing van Aldi naar een locatie buiten het centrumgebied. Volgens Aldi volgt uit het toetsingskader dat is opgenomen in paragraaf 3.4 van de Detailhandelsstructuurvisie dat detailhandelsvestiging buiten de detailhandelsstructuur aanvaardbaar is indien onomstotelijk wordt aangetoond dat de ontwikkeling geen wezenlijke invloed (ontwrichtende werking) heeft op de bestaande detailhandelsstructuur en het initiatief niet inpasbaar is in de gewenste detailhandelsstructuur. Volgens Aldi is de raad hieraan voorbij gegaan en heeft hij ten onrechte niet getoetst of Aldi aan de desbetreffende voorwaarden voldoet. Aangezien volgens Aldi binnen de bestaande detailhandelsstructuur geen Aldi-supermarkt kan worden ontwikkeld en de vestiging van Aldi buiten de bestaande

detailhandelsstructuur geen wezenlijke invloed heeft op die detailhandelsstructuur, heeft de raad volgens haar ten onrechte geen medewerking verleend aan de gewenste verplaatsing naar het Mercator-terrein.

Volgens Aldi heeft de weigering van de raad om planologische medewerking te verlenen aan een verplaatsing naar het Mercator-terrein voor haar onevenredige gevolgen in verhouding tot het met het beleid te dienen doel, te weten de bescherming van de bestaande detailhandelsstructuur. Daarvoor acht Aldi van belang dat de volgens haar noodzakelijke herontwikkeling op de huidige locatie niet mogelijk is, er voor haar geen plek is in het kernwinkelgebied en verplaatsing van Aldi naar het Mercator-terrein voor de bestaande detailhandelsstructuur geen gevolgen heeft.

5.1.

De raad stelt dat nieuwe initiatieven voor detailhandelsvestiging worden getoetst aan de uitgangspunten van de Detailhandelsstructuurvisie, waarbij de kern ligt op het versterken van de detailhandelsstructuur. Het uitgangspunt is volgens de raad dat nieuwe ontwikkelingen buiten het centrumgebied niet worden gefaciliteerd. Indien verplaatsing naar het kernwinkelgebied niet mogelijk is, kan volgens de raad op grond van de Detailhandelsstructuurvisie worden overwogen om nieuwe initiatieven te ontplooiën op een overlooplocatie buiten het afgebakende centrumgebied. Aangezien het Mercator-terrein waar Aldi zich wenst te vestigen zowel buiten het in de Detailhandelsstructuurvisie aangeduide centrumgebied als buiten het overloopgebied ligt, wordt volgens de raad reeds hierom niet voldaan aan het toetsingskader dat is opgenomen in de Detailhandelsstructuurvisie.

Voorts stelt de raad dat er geen bijzondere omstandigheden zijn als bedoeld in artikel 4:84 van de Awb die nopen tot een afwijking van het beleid en tot medewerking aan de verplaatsing van Aldi naar het Mercator-terrein. Het volgen van het beleid heeft voor Aldi geen gevolgen die wegens bijzondere omstandigheden onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen, aldus de raad. Het verzoek van Aldi om te worden verplaatst naar een locatie op het Mercator-terrein is volgens de raad expliciet betrokken bij de vaststelling van de Detailhandelsstructuurvisie.

De raad ziet geen reden om hiervan alsnog af te wijken.

5.2.

In paragraaf 3.4 van de Detailhandelsstructuurvisie staat onder meer: "Deze detailhandelsvisie wordt na vaststelling het toetsingskader voor nieuwe initiatieven. De gemeente zal, indien zich een initiatief voordoet deze toetsen aan de uitgangspunten van de visie waarbij de kern ligt in het versterken van de detailhandelsstructuur: de ruimtelijk afgebakende centrumgebieden Hardenberg en Dedemsvaart, de boodschappensteunpunten in de dorpen en buurten, en de PDV-locatie Haardijk. Buiten de winkelgebieden wordt in principe geen nieuwe winkelvestiging toegestaan. Bestaande ondernemers die willen uitbreiden of verplaatsen binnen dan wel buiten de gewenste detailhandelsstructuur verdienen een helder toetsingskader."

5.3.

In de Detailhandelsstructuurvisie wordt voor Dedemsvaart-centrum onderscheid gemaakt tussen het kernwinkelgebied en de aanloopgebieden, en daarbuiten het mengmilieu (Julianastraat-Midden) en het woonmilieu (Julianastraat-Noord). De indeling van deze gebieden is weergegeven in de figuren 2.5 en 2.6 van de Detailhandelsstructuurvisie. Ter zitting heeft de raad toegelicht dat met het centrumgebied het met de stippellijn omliggende gebied wordt bedoeld.

Het Mercator-terrein waar Aldi zich wil vestigen, ligt buiten het in onderstaande figuur 2.5 (links) van de Detailhandelsstructuurvisie opgenomen kernwinkelgebied en aanloopgebied, en daarmee buiten het in deze figuur weergegeven centrumgebied.

5.4.

Tussen Aldi en de raad is niet in geschil dat vestiging van niet-volumineuze detailhandel, zoals een supermarkt, op grond van de Detailhandelsstructuurvisie buiten het centrumgebied is toegestaan als wordt voldaan aan de voorwaarden die daarvoor staan opgenomen in de Detailhandelsstructuurvisie. De Afdeling stelt vast dat het geschil zich toespitst op de vraag of, als aan de voorwaarden is voldaan, de vestiging in principe overal is toegestaan, dus ook op het Mercator-terrein, of dat deze mogelijkheid is beperkt tot het overloopgebied tegen het centrumgebied aan.

Naar de Afdeling begrijpt leidt Aldi uit paragraaf 3.4 van de Detailhandelsstructuurvisie af dat de mogelijkheid om in afwijking van de hoofdregel detailhandel te vestigen buiten het centrumgebied, niet is beperkt tot het door de raad genoemde overloopgebied.

5.5.

De Afdeling is van oordeel dat de raad zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat op grond van de Detailhandelsstructuurvisie geen medewerking kan worden verleend aan de vestiging van niet-volumineuze detailhandel buiten het overloopgebied op het Mercator-terrein. Hoewel in paragraaf 3.4 van de Detailhandelsstructuurvisie niet expliciet staat dat de mogelijkheid om onder voorwaarden medewerking te verlenen aan vestiging van niet-volumineuze detailhandel buiten het centrumgebied is beperkt tot vestiging in het overloopgebied, volgt uit de Detailhandelsstructuurvisie in zijn geheel bevestiging voldoende duidelijk dat dat is beoogd. Zo staat in paragraaf 2.5 van de Detailhandelsstructuurvisie voor Dedemsvaart onder het kopje 'Inpassing van nieuwe initiatieven' het volgende: "Nieuwe ontwikkelingen buiten het centrum worden niet gefaciliteerd mits op basis van een gefundeerde motivatie is vastgesteld dat inpassing in het centrumgebied niet kan. Daarna pas kan overwogen worden om nieuwe initiatieven te ontplooiën op een overloop-locatie buiten het afgebakende centrumgebied. Dat zal dan bij voorkeur een locatie zijn direct tegen dit centrumgebied zoals de Julianastraat-Midden of aan een andere zijde van de Markt / Julianastraat-Zuid. (...)"

In de Detailhandelsstructuurvisie is het begrip 'overloop-locatie' weliswaar niet gedefinieerd, maar de Afdeling leidt uit bovenstaande passage af dat hiermee het gebied wordt bedoeld dat direct grenst aan het centrumgebied.

De Detailhandelsstructuurvisie biedt geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de raad met dit beleid naast de mogelijkheid om onder voorwaarden detailhandelsvestiging buiten het centrumgebied in het overloopgebied toe te staan, een mogelijkheid heeft willen bieden voor detailhandelsvestiging op een locatie die niet kan worden aangemerkt als overloopgebied. Nu Aldi zich wenst te vestigen op een locatie buiten het overloopgebied, bestond voor de raad geen aanleiding om te bezien of Aldi anderszins voldoet aan de in de

Detailhandelsstructuurvisie opgenomen
voorwaarden voor detailhandelsvestiging.

Het betoog faalt in zoverre.

5.6.

Voor zover Aldi betoogt dat de raad vanwege de volgens haar nijpende positie waarin zij zich op de huidige locatie bevindt, gebruik had moeten maken van zijn mogelijkheid om af te wijken van de Detailhandelsstructuurvisie en medewerking had moeten verlenen aan de verplaatsing van Aldi naar het Mercator-terrein, overweegt de Afdeling als volgt.

5.7.

De Afdeling ziet geen aanleiding voor het oordeel dat handelen overeenkomstig de beleidsregel gevolgen heeft voor Aldi die onevenredig zijn in verhouding tot de met de beleidsregel te dienen doelen. De omstandigheden dat uitbreiding op de huidige locatie niet mogelijk is en er voor Aldi geen plek meer is in het kernwinkelgebied, zijn, wat daar verder ook van zij, onvoldoende voor dat oordeel. Dat volgens Aldi uit het door haar overgelegde rapport "Hardenberg Verplaatsing supermarkt Dedemsvaart" van Rho adviseurs voor leefruimte van 29 september 2017 en de daarin opgenomen "Locatiescan Aldi Dedemsvaart" van 4 april 2017 volgt dat er in en rond het centrumgebied van Dedemsvaart geen voor Aldi geschikte winkelpanden beschikbaar zijn doet aan dit oordeel niet af. Het al dan niet beschikbaar zijn van een pand dat aan alle door de ondernemer gewenste eisen voldoet, waaronder gewenste zichtbaarheid en omvang, is immers een omstandigheid waarmee iedere ondernemer die zich op een locatie in of rond het centrumgebied van Dedemsvaart wil vestigen, wordt geconfronteerd.

Het betoog faalt in zoverre.

Dienstenrichtlijn

6.

Aldi betoogt dat artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" een territoriale beperking bevat in de zin van artikel 15, tweede lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn. Volgens Aldi wordt namelijk onderscheid gemaakt tussen volumineuze en niet-volumineuze detailhandel, aangezien op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend volgens Aldi uitsluitend volumineuze detailhandel is toegestaan. Een dergelijke beperking kan volgens Aldi worden

gerechtvaardigd als wordt voldaan aan de drie cumulatieve voorwaarden uit artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Aldi betoogt dat in haar geval echter niet aan deze voorwaarden wordt voldaan. In dit kader wijst Aldi op het arrest van het Hof van Justitie van 30 januari 2018, Visser Vastgoed, ECLI:EU:C:2018:44, en op de uitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062 (Appingedam).

6.1.

De raad stelt in de eerste plaats dat het bestemmingsplan "Bedrijvenpark Mercator" in deze procedure niet de orde kan worden gesteld, omdat dit plan onherroepelijk is en wordt geacht rechtmatig te zijn.

Voor zover dit plan wel aan de orde kan worden gesteld, stelt de raad dat de bestreden planregeling geen eis is in de zin van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn. Volgens de raad is met de planregeling niet beoogd om de vrijheid van vestiging voor (bepaalde) dienstverrichters te beperken. De raad heeft volgens hem voor de desbetreffende gronden zowel volumineuze als niet-volumineuze detailhandel niet bij recht mogelijk gemaakt, omdat het Mercatorterrein als bedrijventerrein is bestemd.

Indien wel sprake is van een eis in de zin van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn, stelt de raad voorop dat Aldi de bewijslast draagt van de door haar gestelde strijd met artikel 15 van de Dienstenrichtlijn. De raad wijst in dat verband op de uitspraak van de Afdeling van 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471. Volgens de raad is de weigering om de bestreden planregel te herzien overigens in overeenstemming met de voorwaarden als bedoeld in artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Ter onderbouwing van dat standpunt wijst de raad op de hiervoor genoemde Detailhandelsstructuurvisie, op de "Reactie Seinpost op effectstudie Rho Adviseurs inzake Aldi Dedemsvaart" van Seinpost Adviesbureau van 18 mei 2017 (hierna: reactie Seinpost) en op het "Deskundigenrapport verplaatsing Aldi Dedemsvaart gemeente Hardenberg" van Seinpost Adviesbureau van 20 november 2019 (hierna: deskundigenrapport Seinpost).

6.2.

Op de gronden op het Mercator-terrein waar Aldi zich wenst te vestigen rust ingevolge het ter plaatse geldende bestemmingsplan "Bedrijvenpark Mercator" de bestemming "Bedrijfsgebied II".

6.3.

Artikel 7, onder 1, van de regels van dit plan luidt:

"De op de plankaart voor bedrijfsgebied II aangewezen gronden zijn bestemd voor:

- a. lichte industrie, groothandel-, reparatie-, verhuur-, bouwnijverheid- en installatiebedrijven en dienstverlenende bedrijven, [...];
- b. horeca, uitsluitend voorzover het bedrijven betreft gericht op het verstrekken van dranken en/of etenswaren voor gebruik ter plaatse dan wel in de vorm van een zalenaccommodatie;
- c. verkeer en verblijf;
- d. groenvoorzieningen en water;
- e. openbare nutsvoorzieningen.

Onder de bedrijfsactiviteiten is detailhandel uitsluitend begrepen voorzover deze is aan te merken als rechtstreeks voortvloeiend uit de activiteiten van het bedrijf en daaraan ondergeschikt is.

[...]."

Artikel 7, onder 7, luidt:

"Burgemeester en Wethouders kunnen vrijstelling verlenen voor de vestiging van detailhandel in volumineuze goederen:

[...]."

6.4.

Indien artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" wordt aangemerkt als eis in de zin van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn, dient de weigering om de planregel vanwege deze eis te herzien te worden getoetst aan de voorwaarden van artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. De Afdeling ziet zich daarom allereerst gesteld voor de vraag of artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" een dergelijke eis bevat.

6.5.

Vaststaat dat op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend, andere activiteiten dan de activiteiten die staan genoemd in de doeleindenomschrijving zoals neergelegd in artikel 7, onder 1, van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator", waaronder een supermarkt, niet bij recht zijn toegestaan. Daarmee valt deze bepaling onder het begrip "eis" zoals gedefinieerd in artikel 4,

punt 7, van de Dienstenrichtlijn (vergelijk het arrest Visser Vastgoed, punten 119-120). Omdat ter plaatse wel andere dienstenactiviteiten dan een supermarkt zijn toegestaan, zoals bepaalde horeca-activiteiten, heeft de planregel hier specifiek als doel om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde dienstenactiviteiten zich kunnen vestigen. De Afdeling gaat er in het licht van het arrest Visser Vastgoed van uit dat deze bepaling met deze regulering van dienstenactiviteiten enkel is gericht tot de personen die deze activiteiten in die geografische gebieden willen gaan ontwikkelen, met uitsluiting van personen die handelen als particulier. Daarmee wordt de planregel ook aangemerkt als eis in de zin van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn (vergelijk het arrest Visser Vastgoed, punt 124).

6.6.

Omdat artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" moet worden aangemerkt als een eis in de zin van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn, dient het besluit van de raad om niet mee te werken aan een herziening van deze planregel teneinde op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend alsnog de vestiging van een supermarkt planologisch mogelijk te maken, in overeenstemming te zijn met de voorwaarden die zijn neergelegd in artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. De Afdeling dient "vol" te toetsen of het besluit van de raad aan deze voorwaarden voldoet en beperkt zich dus niet tot een toets aan het zogeheten evidentiecriteria (vergelijk de uitspraak van de Afdeling van 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, waarin de Afdeling bij de daar aan de orde zijnde exceptieve toets van de desbetreffende planregel het evidentiecriteria hanteert).

6.7

Over de door de raad aan de orde gestelde bewijslastverdeling overweegt de Afdeling dat het op de weg ligt van degene die een beroep doet op de Dienstenrichtlijn om te beargumenteren dat sprake is van een eis die een beperking oplevert. Dat heeft Aldi gedaan. Het ligt vervolgens op de weg van de raad om bij de beslissing over de vaststelling van een bestemmingsplan dan wel over de weigering om een planregel te herzien, te onderbouwen dat die eis in overeenstemming is met de Dienstenrichtlijn. Het is dus in de eerste plaats aan de raad om met specifieke gegevens te onderbouwen waarom de in het plan neergelegde beperkingen gerechtvaardigd zijn

in het licht van de daaraan in de Dienstenrichtlijn gestelde eisen.

6.8.

De Afdeling zal hierna toetsen of in dit geval is voldaan aan de voorwaarden van artikel 15, derde lid, onder b en c, van de Dienstenrichtlijn. Tussen partijen is niet in geschil dat de planregeling niet in strijd is met het discriminatieverbod van artikel 15, derde lid, onder a, van de Dienstenrichtlijn.

Noodzakelijkheid: dwingende reden van algemeen belang (artikel 15, derde lid, onder b, van de Dienstenrichtlijn)

7.

Aldi betoogt dat in de toelichting bij het plan "Bedrijvenpark Mercator" en de Detailhandelsstructuurvisie niet is aangetoond dat met de maatregel een doel wordt nagestreefd dat een dwingende reden van algemeen belang vormt. Voor zover de regeling het beschermen van het stedelijk milieu tot doel heeft, betoogt Aldi dat de verplaatsing van de supermarkt naar het Mercator-terrein geen negatieve effecten heeft op het centrumgebied.

7.1.

De raad stelt dat met het detailhandelsbeleid dat ten grondslag ligt aan het bestreden besluit wordt ingezet op het behoud en de versterking van de huidige winkel- en centrumgebieden in de gemeente Hardenberg. Volgens de Detailhandelsstructuurvisie wordt voor het centrum van Dedemsvaart gestreefd naar een bovenlokale verzorgingsfunctie met een compleet aanbod dagelijkse winkels en een basispakket niet-dagelijks winkels en een ondersteunend aanbod horeca en diensten. Een van de maatregelen om dat doel te bereiken is volgens de raad het beperken van extra detailhandel buiten het centrumgebied. Andere maatregelen zijn volgens de raad onder meer het verstrekken van subsidies en het actief wegbestemmen van detailhandel om het kernwinkelgebied compacter te maken.

In het deskundigenrapport van Seinpost staat hierover dat in Hardenberg sinds 2001 een consequent en weloverwogen ruimtelijk beleid wordt gevoerd voor detailhandel als onderdeel van het totale voorzieningenniveau. Volgens het deskundigenrapport is sprake van relatief veel leegstand in het kernwinkelgebied en aanloopgebied van Dedemsvaart. Deze leegstand laat volgens het deskundigenrapport zien dat het centrum van Dedemsvaart

kwetsbaar is. Het uitgangspunt van winkelconcentratie is volgens het deskundigenrapport gelet hierop noodzakelijk om een aantrekkelijk centrum te bevorderen en de leefbaarheid van het centrumgebied en in de kern te behouden.

7.2.

Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen in de uitspraak van 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195, onder 10.3, gaat het bij de noodzakelijkheidstoets om de vraag of het doel dat ter rechtvaardiging van de regeling wordt ingeroepen een dwingende reden van algemeen belang vormt overeenkomstig artikel 4, punt 8, van de Dienstenrichtlijn.

De raad heeft zich naar het oordeel van de Afdeling op goede gronden op het standpunt gesteld dat het streven naar het behoud en de versterking van de winkel- en centrumgebieden in de gemeente in het algemeen en het behoud van de leefbaarheid van het centrumgebied van Dedemsvaart in het bijzonder, noodzakelijk is voor de bescherming van het stedelijk milieu, temeer nu in Dedemsvaart sprake is van een verhoudingsgewijs hoog leegstandspercentage aan winkelruimte in het centrumgebied. Gelet hierop heeft de raad zich op goede gronden op het standpunt gesteld dat de doelen waarmee hij de weigering om mee te werken aan een herziening van artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" en daarmee de weigering om op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend de vestiging van een supermarkt planologisch mogelijk te maken, rechtvaardigt, een dwingende reden van algemeen belang vormen.

Over het betoog van Aldi dat verplaatsing van de supermarkt naar het Mercator-terrein geen negatieve effecten heeft op het centrum van Dedemsvaart en de noodzaak van de maatregel om die reden ontbreekt, overweegt de Afdeling dat de vraag of de doelen met de regeling daadwerkelijk worden gediend, niet gaat over de noodzakelijkheid maar over de geschiktheid van de maatregel.

Het betoog faalt.

8.

Gelet op het vorenstaande is aan de voorwaarde van noodzakelijkheid (artikel 15, derde lid, onder b, van de Dienstenrichtlijn) voldaan. De Afdeling zal hierna bespreken of aan de evenredigheidseis (artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn) is voldaan.

Evenredigheid (artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn)

Geschiktheid

9.
Aldi betoogt dat de weigering om mee te werken aan een herziening van artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" teneinde op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend de vestiging van een supermarkt planologisch mogelijk te maken, niet geschikt is om de door de raad nagestreefde doelen te bereiken. Volgens Aldi is niet voldaan aan het vereiste van "coherente en systematische maatregelen". Aldi betoogt daarnaast dat de maatregel niet het effect heeft dat de nagestreefde doelen worden bereikt.

- Coherent en systematisch

10.
Aldi betoogt dat de raad de maatregelen om de door hem nagestreefde doelen te bereiken alles behalve coherent en systematisch doorvoert. In dat verband wijst Aldi erop dat de huidige locatie van Aldi in de Detailhandelsstructuurvisie wordt aangeduid als 'mengmilieu'. Volgens Aldi is hier op grond van de Detailhandelsstructuurvisie geen detailhandel toegestaan. Daarmee past een voortzetting van Aldi op de huidige locatie niet binnen de Detailhandelsstructuurvisie. Daar komt volgens Aldi nog bij dat de Detailhandelsstructuurvisie niet in de weg staat aan verplaatsing van de supermarkt naar het Mercator-terrein. Volgens Aldi voldoet zij aan de in de Detailhandelsstructuurvisie opgenomen voorwaarden op grond waarvan vestiging buiten het centrumgebied volgens de Detailhandelsstructuurvisie is toegestaan. Omdat de Detailhandelsstructuurvisie volgens Aldi gelet hierop niet wordt gevolgd, blijkt volgens haar dat de raad zijn visie niet coherent en systematisch doorvoert.

10.1.

De raad betwist dat de maatregelen niet coherent en systematisch worden doorgevoerd. Ter zitting heeft de raad gesteld dat de huidige locatie van Aldi weliswaar niet ideaal is, maar dat dit niet betekent dat daarom moet worden meegewerkt aan een verplaatsing van de supermarkt naar een locatie op nog grotere afstand van het centrumgebied.

10.2.

Zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie (bijvoorbeeld het arrest van 10 maart 2009, *Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, [ECLI:EU:C:2009:141](#), en het arrest van 12 januari 2010, *Domnica Petersen*, [ECLI:EU:C:2010:4](#)) is voor het oordeel dat een eis geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken onder meer vereist dat het doel coherent en systematisch wordt nagestreefd.

10.3

De Afdeling stelt vast dat Aldi momenteel is gevestigd in het mengmilieu waar volgens de Detailhandelsstructuurvisie geen detailhandel is toegestaan. Naar het oordeel van de Afdeling leidt deze enkele omstandigheid echter niet tot het oordeel dat de raad zijn doelen niet coherent en systematisch nastreeft, omdat de raad sinds 2001 een ruimtelijk beleid voor detailhandel voert terwijl Aldi zich al in 1981 op de huidige locatie heeft gevestigd. Ook het betoog van Aldi dat de raad zijn doelen niet coherent en systematisch doorvoert omdat hij met zijn weigering om mee te werken aan de verplaatsing van Aldi naar het Mercator-terrein de Detailhandelsstructuurvisie niet volgt, leidt niet tot dit oordeel. Zoals de Afdeling hiervoor heeft overwogen onder 5.5, biedt de Detailhandelsstructuurvisie geen ruimte om medewerking te verlenen aan de vestiging van detailhandel buiten het overloopgebied op het Mercator-terrein.

Het betoog faalt in zoverre.

- Effectiviteit regeling om nagestreefde doelen te bereiken

11.

Aldi betoogt dat de maatregel niet tot effect heeft dat daarmee de door de raad nagestreefde doelen worden bereikt. Volgens haar heeft de vestiging van Aldi op het Mercator-terrein geen wezenlijke of ontwrichtende werking voor het bestaande kernwinkelgebied. Zij wijst erop dat zij door haar harddiscountfunctie en haar huidige locatie buiten het kernwinkelgebied nauwelijks als publiekstrekker voor het centrum fungeert. Aldi voert aan dat zij geen cruciaal onderdeel van centrumvoorzieningen vormt, zodat de verplaatsing van de huidige locatie nauwelijks negatieve effecten zal hebben voor het centrumgebied. Volgens Aldi zou een verplaatsing naar het Mercator-terrein waarschijnlijk juist positieve gevolgen hebben voor de detailhandelsstructuur, omdat de hoge verkeers- en parkeerdruk op de huidige locatie

afnemen en ruimte wordt geboden voor woningbouw en voor de resterende winkels om zich te vestigen in het kernwinkelgebied.

11.1.

De Afdeling stelt voorop dat volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie een maatregel al voor de evenredigheidstoets slaagt indien hij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de nagestreefde doelstelling en dat deze niet noodzakelijkerwijs zelfstandig deze doelstelling hoeft te verwezenlijken. De Afdeling verwijst naar het arrest van het Hof van 13 juni 2018, *Deutscher Naturschutzring*, [ECLI:EU:C:2018:433](#), punt 49. Dit betekent dat de raad niet door middel van een analyse met specifieke gegevens aannemelijk hoeft te maken dat de weigering om voor Aldi op het Mercator-terrein een planologische mogelijkheid voor een supermarkt op te nemen op zichzelf tot een gunstig leefklimaat in het centrum en het voorkomen van leegstand in het centrum leidt. De raad hoeft ook niet door middel van een analyse met specifieke gegevens aannemelijk te maken dat het alsnog opnemen van een planologische mogelijkheid voor een supermarkt op die locatie op zichzelf tot een ongunstig leefklimaat in het centrum en leegstand in het centrum leidt. Wel moet aannemelijk worden dat de weigering om voor Aldi op het Mercator-terrein een planologische mogelijkheid voor een supermarkt op te nemen, een zinvolle bijdrage levert aan het bereiken van de nagestreefde doelen. Dat wil zeggen dat er een voldoende verband moet zijn tussen het onderdeel en het hele pakket aan maatregelen (vergelijk de uitspraak van 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4195](#), onder 13.12).

11.3.

De Afdeling stelt vast dat het geschil over de geschiktheid van de maatregel zich hier in de kern toespitst op de vraag of de weigering om voor Aldi op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend een planologische mogelijkheid voor een supermarkt op te nemen en daartoe artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" te herzien, bijdraagt aan de bescherming van het stedelijk milieu. In het hierna volgende wordt uiteengezet welke analyses de raad heeft gemaakt om de effectiviteit van de maatregel te onderbouwen, waarbij vervolgens ook de reactie van Aldi wordt weergegeven.

11.4.

Op p. 13 van het deskundigenrapport van Seinpost staat dat er een analyse is uitgevoerd

van de effecten van een nieuwe discountsupermarkt op een centrumgebied. Daarvoor zijn volgens het deskundigenrapport middelgrote woonplaatsen geselecteerd in de categorie 10.000 tot ongeveer 40.000 inwoners met een vergelijkbaar aantal centrumwinkels als in Dedemsvaart. Het betreft Huizen-centrum, Coevorden, Borne-centrum, Wijchen-centrum, Drunen en Vlijmen. Er is voor deze plaatsen gekeken naar de vestiging van een (discount)supermarkt in of juist buiten het centrum en de ontwikkeling van de leegstand in het desbetreffende centrum. Daarnaast is voor Borne-centrum gekeken naar de koopkrachtbinding op woonplaatsniveau en voor Wijchen-centrum naar de ontwikkeling van het aantal passanten. Op p. 15 van het deskundigenrapport staat: "De referenties tonen aan dat een nieuwe discount-supermarkt in een centrumgebied een positief effect heeft op de bezoekersaantallen, de koopstromen, het economisch functioneren en het aanbod in het centrum. Positieve effecten op het aantal winkels in de dagelijkse sector zijn niet aan te tonen. De leegstandsituatie verbetert soms wel. Als de discount-supermarkt buiten het centrum gerealiseerd wordt dan heeft dat negatieve effecten op de omzet, het aantal passanten en op de leegstand. Het effect geldt in mindere mate voor het aantal winkels in de dagelijkse sector. Dat neemt nauwelijks af."

In het deskundigenrapport van Seinpost staat verder dat met de verplaatsing van Aldi naar een locatie op het Mercator-terrein een supermarktcluster van twee supermarkten aan de noordzijde van Dedemsvaart ontstaat. Een bezoek aan Aldi kan volgens het deskundigenrapport gecombineerd worden met een bezoek aan Lidl aan de overzijde van de Zuidwolderstraat. Als deze supermarkten buiten het centrum elkaar gaan versterken, hoeven klanten volgens het deskundigenrapport niet meer door te rijden naar het centrumgebied. Dit heeft een negatieve invloed op de gestelde doelen, aldus het deskundigenrapport.

Tot slot staat in het deskundigenrapport van Seinpost dat wanneer de beperking voor Aldi wordt losgelaten, het risico bestaat dat ook andere winkels zich op het Mercator-terrein willen gaan vestigen. Ook bestaat de kans dat Lidl dan wil uitbreiden, aldus het deskundigenrapport. Met het winkelconcentratiebeleid wordt volgens het deskundigenrapport een "salamitactiek" voorkomen.

11.5.

Volgens Aldi hebben de referenties die zijn opgenomen in het deskundigenrapport van Seinpost geen waarde voor Dedemsvaart. In de reactie van Rho adviseurs voor leefruimte van 25 november 2019 op het deskundigenrapport van Seinpost (hierna: de reactie van Rho) staat dat de referenties in het deskundigenrapport van Seinpost gaan over de vestiging van nieuwe discounters in de kern, terwijl in Dedemsvaart het discountaanbod al aanwezig is, en wel buiten het centrumgebied. In Coevorden is volgens de reactie van Rho, anders dan in Dedemsvaart, voorts sprake van de realisatie van een nieuw winkelcentrum met drie supermarkten en aanvullende winkels. Drunen en Vlijmen zijn volgens het rapport beperkt als referentie.

Aldi betwist dat er met de verplaatsing van Aldi naar het Mercator-terrein een cluster ontstaat. Volgens Aldi komen Lidl en Aldi met een verplaatsing van Aldi naar het Mercator-terrein juist verder van elkaar af te liggen dan nu het geval is. Volgens figuur 2, dat is opgenomen in de reactie van Rho, is de huidige afstand namelijk 175 m en zou deze afstand na een verplaatsing naar het Mercator-terrein 225 m worden. Daarnaast voert Aldi aan dat combinatiebezoek tussen Aldi en Lidl niet voorstelbaar is, omdat het twee discountsupermarkten betreft. Tot slot wijst Aldi erop dat de frequentie van het bezoek aan een Aldi-supermarkt lager ligt dan het bezoek aan het centrum. Volgens Aldi zijn er gelet hierop geen gevolgen voor het centrumgebied te verwachten.

Aldi betoogt tot slot dat de raad aan de gronden op het Mercator-terrein een voor Aldi specifieke bestemming had kunnen toekennen. Daarvoor is volgens Aldi van belang dat zij, als discountsupermarkt, specifieke ruimtelijke kenmerken heeft die een dergelijke specifieke bestemming zouden rechtvaardigen.

11.6.

Naar het oordeel van de Afdeling heeft de raad met wat hij naar voren heeft gebracht onvoldoende aannemelijk gemaakt dat zijn besluit om niet mee te werken aan een herziening van artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" om alsnog de vestiging van een supermarkt planologisch mogelijk te maken, binnen het hele pakket aan maatregelen ter versterking van het centrumgebied van Dedemsvaart een zinvolle

bijdrage levert. Daartoe overweegt de Afdeling als volgt.

De raad heeft weliswaar in algemene zin voor met Dedemsvaart vergelijkbare woonplaatsen gekeken naar het verband tussen de vestiging van een (discount)supermarkt in of juist buiten het centrumgebied en de ontwikkeling van de leegstand in het desbetreffende centrum, maar daarmee heeft de raad de Afdeling er niet voldoende van kunnen overtuigen dat de conclusies die de raad hieraan verbindt ook gelden voor Dedemsvaart. Anders dan in de referenties waarnaar de raad verwijst, gaat het in Dedemsvaart om een Aldi-discountsupermarkt die al buiten het centrumgebied ligt, waarvan de wens tot verplaatsing naar een andere locatie buiten het centrumgebied in het geding is. De raad heeft wel gesteld dat Aldi op de huidige locatie buiten het centrumgebied fungeert als publiekstrekker voor het centrumgebied, maar hij heeft deze stelling niet met specifieke gegevens gekwantificeerd (vergelijk de uitspraak van 19 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4195](#), onder 13.2). Daarnaast heeft de raad ook zijn stelling dat met de vestiging van Aldi op het Mercator-terrein combinatiebezoek zou ontstaan met de Lidl, als gevolg waarvan een bezoek aan het centrumgebied niet meer voor de hand ligt, niet met specifieke gegevens onderbouwd. Over de kans dat ook andere dienstverrichters zich op het Mercator-terrein willen vestigen wanneer planologische medewerking zou worden verleend aan de verplaatsing van Aldi, overweegt de Afdeling als volgt. Hoewel deze omstandigheid een rol kan spelen bij de vraag of de maatregel een zinvolle bedrage levert, is de enkele, niet onderbouwde, vrees van de raad dat dit gebeurt niet voldoende voor dat oordeel.

Het betoog slaagt in zoverre.

12.

Omdat op basis van wat de raad nu naar voren heeft gebracht niet kan worden beoordeeld of het besluit van de raad om niet mee te werken aan een herziening binnen het hele pakket aan maatregelen in de gemeente Dedemsvaart een zinvolle bijdrage levert, kan nu niet worden beoordeeld of de raad redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat de maatregel niet verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken en dat het doel niet met andere, minder beperkende maatregelen kan worden bereikt.

13.

De Afdeling komt nu niet toe aan het betoog van Aldi over de Omgevingsverordening Overijssel 2017 en zal hier zo nodig in de einduitspraak een oordeel over geven.

Conclusie

14.

Gelet op wat hiervoor onder 11.6 en 12 is overwogen, verdraagt het besluit van de raad van 17 juli 2018 om te blijven bij het besluit van 9 januari 2018 om niet mee te werken aan een herziening van artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" teneinde op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend alsnog de vestiging van een supermarkt planologisch mogelijk te maken, zich niet met de Unierechtelijke eis dat het onderzoek in het kader van artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn moet geschieden aan de hand van een analyse met specifieke gegevens.

Bestuurlijke lus

15.

Met het oog op een spoedige beslechting van het geschil zal de Afdeling de raad opdragen om binnen 20 weken na verzending van deze tussenuitspraak alsnog:

- met inachtneming van wat is overwogen onder 11.6 en 12 aan de hand van een analyse met specifieke gegevens te onderbouwen dat het besluit om niet mee te werken aan een herziening van artikel 7 van de regels van het plan "Bedrijvenpark Mercator" teneinde op de gronden waaraan de bestemming "Bedrijfsgebied II" is toegekend alsnog de vestiging van een supermarkt planologisch mogelijk te maken, voldoet aan de eisen van artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn (geschiktheidseis en de eis van de minst beperkende maatregel);
- dan wel met inachtneming van wat is overwogen onder 11.6 en 12 het besluit te wijzigen door vaststelling van een andere planregeling, bijvoorbeeld door aan de hand van een analyse met specifieke gegevens te onderbouwen dat een minder beperkende planregeling voldoet aan de eisen van artikel 15, derde lid, onder c, van de Dienstenrichtlijn,

en de Afdeling de uitkomst zo spoedig mogelijk mee te delen en het gewijzigde of nieuwe besluit zo spoedig mogelijk op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken en mee te delen. Afdeling 3.4 van de Awb hoeft bij de

voorbereiding van een gewijzigd of nieuw besluit niet opnieuw te worden toegepast.

Proceskosten en griffierecht

16.

In de einduitspraak zal worden beslist over de hoogte van de proceskosten en de vergoeding van het griffierecht.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

I. draagt de raad van de gemeente Hardenberg op:

- om binnen 20 weken na de verzending van deze tussenuitspraak met inachtneming van de overwegingen 11.6, 12 en 15 het besluit van de raad van de gemeente Hardenberg van 17 juli 2018 te herstellen, en
- de Afdeling en de andere partij de uitkomst mede te delen en een gewijzigd of nieuw besluit zo spoedig mogelijk op de wettelijk voorgeschreven wijze bekend te maken en mede te delen.

NOOT

Naschrift

1.

Sinds de Appingedamuitspraken (ABRvS 26 juni 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:2062](#), [AB 2018/246](#), m.nt. A.G.A. Nijmeijer, en ABRvS 24 juli 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2569](#)) wordt steeds duidelijker hoe de bepalingen van de Dienstenrichtlijn van invloed zijn op het Nederlandse winkellandschap. Zo staat vast dat "detailhandel in goederen" aan te merken valt als een dienst, alsmede dat een brancheringsregel in een bestemmingsplan kwalificeert als 'eis' in de zin van art. 15 van de Dienstenrichtlijn (HvJ EU 30 januari 2018, [ECLI:EU:C:2018:44](#), [Gst. 2018/68](#), m.nt. B. Hessel). Brancheringsregelingen in bestemmingsplannen dienen derhalve in overeenstemming te zijn met de voorwaarden die zijn neergelegd in art. 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn: een planregel mag de dienst alleen kwantitatief of territoriaal beperken indien die beperking (i) non-discriminator, (ii) noodzakelijk en (iii) evenredig is.

2.

Uit de twee uitspraken van de Afdeling van 19 februari 2020 ([ECLI:NL:RVS:2020:520](#)) en van 26

februari 2020 ([ECLI:NL:RVS:2020:624](#)) die wij in dit gecombineerde naschrift bespreken, volgt dat de intensiteit waarmee de bestuursrechter een brancheringsregel toetst aan de Dienstenrichtlijn niet altijd hetzelfde is. Zo maakt het verschil of het besluit over de herziening van het bestemmingsplan zelf ter discussie staat of via een besluit over het bij omgevingsvergunning toestaan van een activiteit in afwijking van dat bestemmingsplan.

3.

In de uitspraak van 19 februari 2020 ([ECLI:NL:RVS:2020:520](#)) gaat het om de weigering van een aanvraag om een omgevingsvergunning teneinde reguliere detailhandel te vestigen op een bedrijventerrein. Deze activiteit is in strijd met het vigerende bestemmingsplan, omdat de planregels ter plaatse alleen zogenaamde perifere detailhandel toestaan. De Afdeling maakt eerst duidelijk dat de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op besluiten over omgevingsvergunningen (en handhaving van het bestemmingsplan). Dan benadrukt de Afdeling dat het bestemmingsplan waaraan de aanvraag om omgevingsvergunning in dit geval is getoetst al is vastgesteld, in werking is getreden en onherroepelijk is. Dit betekent dat er bij wijze van exceptie aan het bestemmingsplan wordt getoetst en er aldus een andere toetsingsmaatstaf wordt gehanteerd. De Afdeling verwijst hiervoor naar haar uitspraak van 27 december 2018, [ECLI:NL:RVS:2018:4266](#).

4.

Deze toetsingsmaatstaf komt erop neer dat een planregeling alleen onverbindend is of buiten toepassing moet worden gelaten indien dit voorschrift evident in strijd is met een hogere regeling, in dit geval de Dienstenrichtlijn. Een evidente strijdigheid doet zich voor als de bestuursrechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat sprake is van strijd met de hogere rechtsnorm. Dit is het geval indien iedere nadere motivering ontbreekt. De afwezigheid van een dergelijke onderbouwing - bijvoorbeeld in de toelichting bij het bestemmingsplan - leidt evenwel niet per definitie tot een geslaagd beroep. Het college is namelijk hangende de beroepsprocedure in de gelegenheid om deze onderbouwing alsnog te geven, zoals het college in onderhavig geval met succes wist te doen. Bovendien reikt deze onderbouwingplicht - anders dan bij een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan - niet zo ver dat de beperking moet worden

onderbouwd aan de hand van een (zogenoemde) analyse met specifieke gegevens. Verzuimt het college om alsnog een onderbouwing te geven, dan zal de planregel wel buiten toepassing worden gelaten dan wel onverbindend worden verklaard.

5.

Onder verwijzing naar Europese rechtspraak overweegt de Afdeling in dit verband ten aanzien van deze exceptieve toetsing dat de Dienstenrichtlijn geen procedureregels kent, zodat het nationale procesrecht mag worden toegepast in zaken waarin het Unierecht geldend wordt gemaakt, mits aan de voorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid wordt voldaan. Volgens de Afdeling wordt in dit geval aan deze voorwaarden voldaan. Ten aanzien van het doeltreffendheidsbeginsel neemt zij hierbij in aanmerking dat een bestemmingsplan, anders dan andere algemeen verbindende voorschriften, appellabel is. Aan de exceptieve toetsing van bestemmingsplanregels liggen verder ook het rechtszekerheidsbeginsel en de bescherming van belangen van derden ten grondslag. Volgens de Afdeling is de aangewezen rechtsgang om het bestemmingsplan te laten toetsten aan de Dienstenrichtlijn dan ook om bij de gemeenteraad een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan in te dienen.

6.

Een dergelijk verzoek tot herziening van het bestemmingsplan lag voor in de uitspraak van 26 februari 2020 ([ECLI:NL:RVS:2020:624](#)). Deze herziening van het bestemmingsplan was nodig om een supermarkt alsnog planologisch mogelijk te maken op een bedrijvenpark. De raad wijst dit verzoek af. Appellante betoogt dat dit in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Onder verwijzing naar voornoemde uitspraak van 19 februari 2020 bevestigt de Afdeling vervolgens dat zij 'vol' toetst of het besluit van de raad aan de Dienstenrichtlijn voldoet en zich dus niet beperkt tot een toets aan het evidentiecriteria. De beperking moet dus wel worden onderbouwd aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. In dit geval was de raad daarin niet geslaagd. Via een bestuurlijke lus krijgt de raad een herkansing.

7.

De Dienstenrichtlijn kan overigens niet alleen van toepassing zijn op bestemmingsplannen, omgevingsvergunningen en handhavingsbesluiten, maar ook op algemene

instructieregels uit provinciale (ruimtelijke) verordeningen, indien daarin een brancheringsregeling is opgenomen. Dit volgt uit de uitspraak van de Afdeling van 27 maart 2019 over de beoogde vestiging van twee Decathlonwinkels aan de rand van Den Haag en Schiedam (ABRvS 27 maart 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:965](#), [AB 2019/255](#), m.nt. R. Kegge). Gemeenteraden dienen immers bij de vaststelling van een bestemmingsplan de brancheringsregeling uit een provinciale verordening in acht te nemen. Hoewel deze instructieregels in een verordening zich dus niet direct tot de dienstverleners richten, resulteert de - al dan niet door het geven van een reactieve aanwijzing afgedwongen - naleving ervan door de raad in een vast te stellen planregeling waarin bepaalde vormen van detailhandel niet zijn toegestaan. Indien een onderbouwd beroep op strijd met de [Dienstenrichtlijn](#) wordt gedaan, vindt ook in dat geval een exceptieve toetsing plaats, echter zonder toepassing van het evidentiecriterium. Een verordening hoeft dus niet evident in strijd te zijn met de [Dienstenrichtlijn](#) om buiten toepassing te kunnen worden gelaten of onverbindend te kunnen worden verklaard (vgl. ABRvS 12 februari 2020, [ECLI:NL:RVS:2020:452](#)). Ook is een onderbouwing aan de hand van een analyse met specifieke gegevens vereist. Het verschil met een bestemmingsplan is dan ook dat een verordening niet appellabel is.

8.

Samenvattend laten de onderhavige uitspraken zien dat het evidentiecriterium een hoge drempel opwerpt voor rechtzoekenden die betogen dat de weigering van een aanvraag om een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan in strijd is met de [Dienstenrichtlijn](#). Het indienen van een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan lijkt ons om die reden effectiever. Doordat hierbij indringender aan de [Dienstenrichtlijn](#) wordt getoetst, biedt dat meer kansen om de beoogde ontwikkeling uiteindelijk te kunnen verwezenlijken.

Auteurs: S.T.J. Olierook & F.A.R. van Vlijmen