

Publicatie

Auteurs: S.T.J. Olierook & F.A.R. van Vlijmen
Verschenen in: Gemeentestem (Gst.), augustus, afl. 7510, Gst. 2020/114
Datum: 19-02-2020
Titel: Bestuursrechter hanteert toets aan het evidentie criterium bij de beoordeling of de betreffende planregel aan de Dienstenrichtlijn voldoet

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

19 februari 2020, 201900706/1/A1

ECLI:NL:RVS:2020:520

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

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

Dienstenrichtlijn. Toetsingsmaatstaf bij omgevingsvergunning voor het afwijken van het bestemmingsplan. Bestuursrechter hanteert toets aan het evidentie criterium bij de beoordeling of de betreffende planregel aan de Dienstenrichtlijn voldoet. (Diemen)

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. Gaat het om een besluit tot herziening van een bestemmingsplan, dan toetst de bestuursrechter ‘vol’ of de betreffende planregeling aan de Dienstenrichtlijn voldoet. 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.

Partij(en)

Uitspraak op het hoger beroep van:

het college van burgemeester en wethouders van Diemen,

appellante,

tegen de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 12 december 2018 in zaak nr. 16/5543 in het geding tussen:

[wederpartij]

en

het college.

Uitspraak

Procesverloop

Bij besluit van 3 maart 2016 heeft het college geweigerd aan [wederpartij] omgevingsvergunning te verlenen voor het handelen in strijd met het bestemmingsplan ten behoeve van het gebruik van de bestaande panden, gelegen op het kadastrale perceel [...] te Diemen voor reguliere detailhandel, aanvullende horeca en een speelparadijs.

Bij besluit van 20 juli 2016 heeft het college het door [wederpartij] daartegen gemaakte bezwaar ongegrond verklaard.

Bij uitspraak van 12 december 2018 heeft de rechtbank het door [wederpartij] daartegen ingestelde beroep gegrond verklaard, het besluit van 20 juli 2016 vernietigd en het college opgedragen een nieuw besluit op het bezwaar van [wederpartij] te nemen. Deze uitspraak is aangehecht.

Tegen deze uitspraak heeft het college hoger beroep ingesteld.

[wederpartij] en het college hebben een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

Bij besluit van 11 juni 2019 heeft het college de bezwaren van [wederpartij] nogmaals ongegrond verklaard.

[wederpartij] heeft haar incidenteel hoger beroep ingetrokken en te kennen gegeven te berusten in het besluit van 11 juni 2019.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 21 november 2019, waar het college, vertegenwoordigd door S.A.B. Boer, advocaat te Amsterdam, mr. D.C. van der Vecht, zijn verschenen.

Overwegingen

Wat ging aan het hoger beroep vooraf?

1.

De aanvraag van [wederpartij] van 18 december 2015 heeft betrekking op het gebruik van meerdere panden op het perceel. Op het perceel is het bestemmingsplan "Bedrijventerrein Diemen" (hierna: het bestemmingsplan) van toepassing. Het college heeft de aanvraag geweigerd omdat deze in strijd is met artikel 4 van de planregels. Op grond van artikel 4 van de planregels zijn de betreffende panden bestemd voor "Bedrijventerrein" met de aanduidingen "bedrijf tot en met categorie 3.1" en "detailhandel perifeer". Dit betekent dat detailhandel in de branches bouwmarkten, woninginrichting, keukens, sanitair, kampeer- en zwerfsport en tuincentra, zijn toegestaan met dien verstande dat het totale vloeroppervlak niet meer mag bedragen dan 7.600 m², het verkoopvloeroppervlak per vestiging niet minder mag bedragen dan 500 m² en dat tevens detailhandel is toegestaan in artikelen die verwant zijn aan het hoofdassortiment, mits het verkoopvloeroppervlak van deze aanverwante artikelen per vestiging niet meer bedraagt dan 150 m². [wederpartij] stelt zich in deze procedure op het standpunt dat artikel 4 in de planregels in strijd met de Dienstenrichtlijn is.

Nadat het college had geweigerd omgevingsvergunning te verlenen voor de in deze procedure aan de orde zijnde aanvraag heeft [wederpartij] een nieuwe aanvraag gedaan voor het strijdig gebruik van één van de ook in deze procedure aan de orde zijnde panden als speelparadijs. Het college heeft die gevraagde vergunning verleend. Voor zover de aanvraag van 18 december 2015 betrekking heeft op het (gebruik als) speelparadijs, heeft [wederpartij] volgens de rechtbank geen belang meer bij haar beroep. Tegen dat oordeel zijn het college en [wederpartij] niet opgekomen in hoger beroep.

2.

De rechtbank heeft overwogen dat [wederpartij] voldoende heeft geconcretiseerd waarom artikel 4 van de planregels in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Het is volgens de rechtbank vervolgens aan het college om - al dan niet in samenspraak met de gemeenteraad - te motiveren dat wél aan de voorwaarden wordt voldaan. Naar het oordeel van de rechtbank heeft het college dit onvoldoende gedaan. Het college heeft volgens de rechtbank volstaan met het noemen van algemeen geformuleerde doelstellingen en heeft daarbij verwezen naar gemeentelijk en provinciaal beleid. Dit beleid is echter niet recent vastgesteld. Het provinciaal beleid ziet bovendien op de hele provincie Noord-Holland, terwijl het in deze zaak specifiek gaat over de detailhandel in Diemen en omgeving. Het college heeft volgens de rechtbank onvoldoende concreet onderbouwd dat artikel 4 van de planregels noodzakelijk en evenredig is.

3.

In het besluit van 11 juni 2019 genomen naar aanleiding van de aangevallen uitspraak heeft het college het bezwaar van [wederpartij] weer ongegrond verklaard. Daaraan heeft het college ten grondslag gelegd dat artikel 4 van de planregels, kort samengevat, is ingegeven door ruimtelijke overwegingen. Primair ziet de bestemmingsplanregeling op het reserveren van ruimte op het bedrijventerrein voor bedrijven op het gebied van productie, groothandel, transport, logistiek, constructie, ontwerp en dergelijke. Dit type bedrijven is elders niet inpasbaar/wenselijk bijvoorbeeld vanwege fysiek ruimtebeslag, milieuzonering, geluidsoverlast en bereikbaarheid van vrachtvervoer. In dit verband verwijst het college naar het onderzoek van het Bureau Stedelijke Planning waarvan de resultaten zijn neergelegd in het rapport "Bedrijventerrein Diemen onderzoek gevolgen dienstenrichtlijn" van 16 mei 2019. Ten tweede beoogt de bestemmingsplanregeling bescherming te bieden aan de fijnmazige detailhandelsstructuur. Door reguliere detailhandel alleen toe te staan op daarvoor geschikte locaties, zoals winkelcentra, wordt voorkomen dat die winkelcentra worden uitgehold door een wildgroei aan detailhandel elders, zoals op een bedrijventerrein. Tot slot is de bestemmingsregeling volgens het besluit van 11 juni 2019 bedoeld als waarborg voor een zo goed mogelijke bereikbaarheid van het bedrijventerrein. Dit is gedaan door functies

met een hoge bezoekfrequentie niet toe te staan.

Verder stelt het college zich op het standpunt dat de gestelde eisen in het bestemmingsplan, inhoudende het zoveel mogelijk uitsluiten van andere functies, noodzakelijk zijn om die doelstelling te bereiken en daarvoor ook geschikt zijn. Alleen het instrument van het bestemmingsplan biedt de mogelijkheid om bedrijven op het gebied van productie, groothandel, transport, logistiek, constructie, ontwerp en dergelijke te behouden en te reguleren. Artikel 4 van de planregels gaat ten aanzien van de beoogde bescherming van de detailhandelsstructuur volgens het college niet verder dan nodig is om het doel te bereiken. Uit artikel 4 van de planregels, de toelichting bij het bestemmingsplan en de aangehaalde stukken blijkt duidelijk dat de gemeenteraad bij de vaststelling van het bestemmingsplan een zo genuanceerd mogelijke regeling voor ogen heeft gehad: detailhandel is in beginsel niet toegestaan op het bedrijventerrein, maar er wordt wel een uitzondering gemaakt voor vormen van detailhandel waarvoor de genoemde ruimtelijke bezwaren niet opgaan. Zo is immers wel detailhandel toegestaan die niet goed inpasbaar is in winkelcentra nabij woongebieden, vanwege bijvoorbeeld milieuzonering, eisen ten aanzien van volume of eisen ten aanzien van bereikbaarheid. Tot slot geldt dat de bestemmingsregeling ook ten aanzien van de gevolgen van detailhandel voor de bereikbaarheid van het bedrijventerrein niet verder gaat dan strikt noodzakelijk. Het loslaten van de bestemmingsregeling en het toestaan van reguliere detailhandel kan ook grote effecten hebben op de bereikbaarheid en verkeersveiligheid.

Wettelijk kader

4.

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

Hoger beroep

5.

Het college betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat in deze procedure niet een vergelijkbare toetsingsmaatstaf dient te worden gehanteerd als aan de orde in de uitspraak van de Afdeling van 24 juli 2019, [ECLI:NL:RVS:2019:2569](#). Het college betoogt dat in dit geval sprake is van een exceptieve toets en dat in dat kader de bestemmingsplanregeling

alleen onverbindend kan worden geacht of buiten toepassing worden gelaten, indien deze evident in strijd is met de hogere regeling, waarbij onder meer is vereist dat de hogere regeling zodanig concreet is dat deze zich voor een exceptieve toets leent. Het gaat immers om een al onherroepelijk bestemmingsplan waartegen beroep heeft opengestaan. Gelet op deze exceptieve toets draagt [wederpartij] de bewijslast van de gestelde strijd met [artikel 15 Dienstenrichtlijn](#), aldus het college. Dit brengt mee dat niet het college, maar [wederpartij] de ongeschiktheid en onevenredigheid van artikel 4 van de planregels met nauwkeurige gegevens dient te staven. Volgens het college heeft de rechtbank ten onrechte niet in zijn oordeel betrokken wat de dwingende reden van algemeen belang is achter de bestreden bestemmingsregeling om ter plaatse geen (reguliere) detailhandel toe te staan.

Het college betoogt dat de dwingende reden van algemeen belang, onder meer, is gelegen in het reserveren van percelen die gebruikt kunnen worden voor activiteiten die passen op een bedrijventerrein, bijvoorbeeld productie, transport en logistiek. Om die reden worden in beginsel geen andere functies, zoals reguliere detailhandel toegestaan. Dit beleid om het bedrijventerrein te reserveren voor bedrijfsdoeleinden wordt door de gemeente al decennia coherent en systematisch nagestreefd, niet alleen in het huidige in 2011 vastgestelde bestemmingsplan maar ook in de voorgaande bestemmingsplannen. Daarnaast stelt het college zich, onder verwijzing naar het Projectplan Aanpak strijdig gebruik bedrijfspanden Verrijn Stuart van 9 februari 2011, op het standpunt dat het ook actief handhavend heeft opgetreden tegen het in strijd met het bestemmingsplan gebruiken van percelen voor reguliere detailhandel. Het college stelt zich op het standpunt dat de bestemmingsplanregeling geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, niet verder gaat dan nodig om dat doel te bereiken en niet met minder vergaande beperkende maatregelen kan worden bereikt. Verder stelt het college dat dit doel coherent en systematisch wordt nagestreefd op gemeentelijk, regionaal en provinciaal niveau, zoals volgt uit de al aangehaalde (beleids-)stukken.

Voorts wijst het college op het belang van het behoud van de bestaande fijnmazige winkelstructuur in Diemen zodat de bestaande winkelcentra leefbaar blijven en hun oorspronkelijk karakter behouden. Verder heeft

de rechtbank volgens het college niet onderkend dat [wederpartij] geen feiten en omstandigheden heeft aangevoerd waaruit blijkt dat het bestemmingsplan in strijd is met de Dienstenrichtlijn.

5.1.

Niet in geschil is dat de regeling die is neergelegd in artikel 4 van de planregels als een "eis" als bedoeld in de Dienstenrichtlijn moet worden aangemerkt. Het Hof van Justitie heeft in het arrest van 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44 uitgemaakt dat de activiteit "detailhandel in goederen" aan te merken valt als een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn zodat de bepalingen van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn van toepassing zijn op de onderhavige situatie waarbij een omgevingsvergunning wordt gevraagd om detailhandel mogelijk te maken op een perceel waar dit ingevolge het vigerende bestemmingsplan niet is toegestaan. Tussen partijen is niet in geschil 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.

5.2.

In een gerechtelijke procedure als deze ligt het 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 hiervoor onder 5 genoemde uitspraak van 24 juli 2019, 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 [wederpartij] 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 exceptieve toetsing door de rechter

5.3.

Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling over deze 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 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 onderbouwingsplicht 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.

5.4.

De Dienstenrichtlijn bevat geen procedureregels die de rechter dient te hanteren wanneer hij toetst of nationale maatregelen in overeenstemming zijn met deze richtlijn. Bij gebreke aan Unierechtelijke procedurele voorschriften mogen de lidstaten volgens het beginsel van procedurele autonomie hun nationale procesrecht toepassen in zaken waarin het Unierecht geldend wordt gemaakt. Dergelijke nationale procedureregels moeten wel aan de voorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid voldoen (vergelijk het arrest van 16 december 1976, C-33/76, Rewe [ECLI:EU:C:1976:188](#)). Deze voorwaarden houden in dat een nationale procedureregels ter bescherming van de rechten die justitiabelen ontleen aan het Unierecht niet ongunstiger mag zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en dat een procedureregels de uitoefening van de door de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken (doeltreffendheidsbeginsel). Een procedureregels moet verder voldoen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals thans in artikel 47 Handvest neergelegd (arresten van het Hof van Justitie van 18 maart 2010, C-317/08, C-318/08, C-319/08 en C-320/08, Alassini e.a., [ECLI:EU:C:2010:146](#)). De rechter kan planregels daarom exceptief toetsen in geschillen waarin het Unierecht

geldend wordt gemaakt, mits aan deze voorwaarden wordt voldaan.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist dat een nationale procedureregels niet ongunstiger mag zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen. In dit geval geldt dat de rechter bestemmingsplanregels op dezelfde wijze exceptief toetst aan zowel Unierecht als aan hoger nationaal en internationaal recht. Daarmee wordt voldaan aan het gelijkwaardigheidsbeginsel.

Bij het doeltreffendheidsbeginsel gaat het om de beoordeling of de nationale procedureregels het een justitiabele niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt zijn of haar Unierechten te effectueren. Bij die beoordeling kan in aanmerking worden genomen de plaats van de betreffende procedureregels in de procedure en het verloop en de bijzondere kenmerken daarvan. Ook kan rekening worden gehouden met de beginselen die aan de nationale procedureregels ten grondslag liggen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel (arrest van het Hof van Justitie van 8 juli 2010, C-246/09, Bulicke, [ECLI:EU:C:2010:418](#), punt 35). Het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals in artikel 47 Handvest gewaarborgd, vereisen voorts dat een justitiabele in ieder geval ergens in het proces een reële mogelijkheid heeft om zijn Unierechten te effectueren (arrest van het Hof van Justitie van 13 maart 2007, C-432/05, Unibet, [ECLI:EU:C:2007:163](#), punt 41).

De Afdeling is van oordeel dat de exceptieve toetsing van bestemmingsplanregels voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. De Afdeling neemt daarbij in aanmerking de plaats van de exceptieve toetsing in de gehele bestemmingsplanprocedure en het verloop en de bijzondere kenmerken daarvan. Een bijzondere kenmerk van de bestemmingsplanprocedure is dat het bestemmingsplan, anders dan andere algemeen verbindende voorschriften, appellabel is. De exceptieve toetsing van bestemmingsplanregels is dan ook pas aan de orde wanneer de bestemmingsplanprocedure reeds doorlopen is en het plan onherroepelijk is geworden. Verder wijst de Afdeling er op dat aan de exceptieve toetsing van bestemmingsplanregels het rechtszekerheidsbeginsel en de bescherming van belangen van derden ten grondslag liggen. De bestemmingsplanprocedure is speciaal ontworpen voor de totstandkoming en de

toetsing (van de rechtmatigheid) van een bestemmingsplan. De aangewezen rechtsgang om het bestemmingsplan te laten toetsten aan de Dienstenrichtlijn is dan ook om bij de gemeenteraad een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan in te dienen. Zolang een bestemmingsplan niet is herzien, mogen aanvragers en derden in beginsel afgaan op wat er in het bestemmingsplan staat. Alleen als de bestemmingsplanregel evident in strijd is met hoger recht, moeten derden rekening houden met onverbindendheid. Dat is van belang voor de rechtszekerheid en voor de werking van het limitatief-imperatieve stelsel voor aanvragen voor een omgevingsvergunning.

Gelet op de appellabiliteit van het bestemmingsplan en de rechtszekerheid en belangen van derden is het gerechtvaardigd dat de rechter bij beroepen tegen besluiten over omgevingsvergunningen en over handhaving, de verbindendheid van bestemmingsplanregels slechts exceptief toetst op de wijze zoals hiervoor is weergegeven onder 5.3. De Afdeling acht het daarbij niet onmogelijk of uiterst moeilijk voor appellanten om hun rechten op grond van de Dienstenrichtlijn te effectueren, gelet op de hiervoor onder 5.2 en 5.3 weergegeven bewijslastverdeling.

5.5.

De rechtbank heeft in de aangevallen uitspraak terecht overwogen dat [wederpartij] in beroep heeft beargumenteerd waarom sprake is van een planregel die een beperking oplevert voor dienstverrichters. [wederpartij] heeft, anders dan het college heeft aangevoerd in hoger beroep, niet volstaan met alleen maar een algemene stelling.

5.6.

Het college heeft in het verweerschrift in beroep erkend dat in de toelichting van het bestemmingsplan niet nader is uitgelegd waarom een dwingende reden van algemeen belang bestaat om geen reguliere detailhandel op het perceel toe te staan. Naar aanleiding van een verzoek daartoe van de rechtbank heeft het college in beroep gereageerd op de tussenuitspraak van de Afdeling van 20 juni 2018 met nummer 2013092926/5/R3 (ECLI:NL:RVS:2018:2062). Het college geeft daarbij te kennen dat het besluit nodig is om de sociaaleconomische waarde van detailhandel geclusterd in winkelcentra te beschermen. De hoge bezoekfrequentie van detailhandel is voorts ongewenst op het bedrijventerrein, dit leidt tot intensieve verkeersbewegingen

hetgeen voor problemen zorgt voor de bereikbaarheid van de terreinen. Het beschermen van de bestaande fijnmazige detailhandelsstructuur (waarbij het doel onder meer is om de primaire detailhandel op een aanvaardbare afstand van bewoners te houden) en het beschermen van de goede bereikbaarheid van het bedrijventerrein zijn dwingende redenen van algemeen belang die branchering op het bedrijventerrein rechtvaardigen. Gelet hierop wordt dan ook aan het noodzakelijkheidsvereiste voldaan. Verder wordt uitgelegd dat in het bestemmingsplan het provinciale, regionale en lokale beleid is verwerkt. Bij het invullen van het bestemmingsplan en daarmee de bestemmingen is rekening gehouden met dit beleid en zijn op basis daarvan de bovenstaande ruimtelijke belangen vertaald in het bestemmingsplan. Het beleid is tot stand gekomen na gedegen onderzoek. Gelet hierop mag er volgens het college dan ook vanuit worden gegaan dat de branchering op onderhavig bedrijventerrein waar het kadastrale perceel [...] deel van uitmaakt, evenredig is.

De Afdeling is van oordeel dat de rechtbank gelet op de omstandigheid dat in het bestemmingsplan geen toelichting was opgenomen voor de daarin opgenomen beperking en het college in haar reactie naar aanleiding van het verzoek van de rechtbank niet is ingegaan op de geschiktheid van het middel en de vraag of het middel niet verder gaat dan nodig om het doel te bereiken terecht tot de conclusie is gekomen dat ten tijde van de aangevallen uitspraak niet duidelijk is of sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn. De rechtbank heeft overigens niet geoordeeld dat sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn. Met de in het besluit van 11 juni 2019 gegeven toelichting en de ter zitting van de Afdeling gegeven toelichting heeft het college overigens wel onderbouwd waarom geen sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn. Zo heeft het college te kennen gegeven dat met de beperking drie doelen worden nagestreefd, te weten het behoud van vestigingsmogelijkheden voor Bedrijven op bedrijventerreinen Verrijn Stuart, De Sniep (inclusief PDV-cluster De Sniep) en Stammerdijk, de bescherming, versterking en het behoud van de fijnmazige winkelstructuur en het waarborgen van bereikbaarheid van het bedrijventerrein voor alle verkeersstromen, en het bevorderen van de verkeersveiligheid door (winkel)voorzieningen zorgvuldig af te stemmen op de woonfunctie. Daarnaast heeft het college

uitgelegd dat deze maatregel geschikt is om het doel te bereiken, niet verder gaat dan nodig is, en dat deze maatregel naast de andere maatregelen, zoals handhavend optreden tegen illegaal gebruik van gebouwen op het bedrijventerrein, nodig is om het bedrijventerrein te behouden voor de hiervoor genoemde belangen. De rechtbank beschikte ten tijde van de aangevallen uitspraak evenwel niet over deze nadere toelichting zodat de Afdeling daarin geen reden ziet over te gaan tot vernietiging van de aangevallen uitspraak. Gelet op de door het college gegeven toelichting komt de Afdeling tot de conclusie dat de planregeling niet evident in strijd is met de Dienstenrichtlijn.

Het betoog faalt.

Slot en conclusie

6.

Slot en conclusie.

7.

Het college dient op na te melden wijze tot vergoeding van de proceskosten te worden veroordeeld.

Beslissing

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State:

- I. bevestigt de aangevallen uitspraak;
- II. veroordeelt het college van burgemeester en wethouders van Diemen tot vergoeding van bij [wederpartij] in verband met de behandeling van het hoger beroep opgekomen proceskosten tot een bedrag van € 525,00 (zegge: vijfhonderdvijfentwintig euro), geheel toe te rekenen aan door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand;
- III. bepaalt dat van het college van burgemeester en wethouders van Diemen een griffierecht van € 519,00 (zegge: vijfhonderdnegentien euro) wordt geheven.

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 evidentie criterium. 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 evidentie criterium. 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 evidentie criterium 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