

Betreft : WPRI/BNI
Aan : Leden van de commissie Fysiek Domein
T.b.v. : Commissie van woensdag 26 juni 2019
Van : Roland Boom
Datum : 4 juni 2019

Geachte commissie Fysiek Domein,

Hierbij treft u aan het advies van de commissie bezwaarschriften van 16 mei 2019. Dit advies betreft het bezwaarschrift van WPRI tegen de afwijzing van het verzoek om het bestemmingsplan te wijzigen ten behoeve van een supermarkt op het BNI-terrein.

Blijkens dit advies is de commissie bezwaarschriften van mening dat de nadere motivering, door de raad op verzoek van de commissie vastgesteld in de vergadering van 21 maart 2019, nog niet afdoende is om te komen tot een ongegrondverklaring van de bezwaren. De commissie adviseert het bestreden besluit van een nog uitgebreidere onderbouwing te voorzien.

Gelet op het feit dat de kwestie van de Dienstenrichtlijn complex is en door de wisselende jurisprudentie zelfs complexer lijkt te worden, hebben wij Houthoff verzocht te adviseren over de vraag of en zo ja, in hoeverre, gelet op de zich ontwikkelende jurisprudentie, dit advies van de commissie overgenomen zou dienen te worden.

Advies Houthoff

Het advies van Houthoff treft u als bijlage aan. Na beoordeling van de stukken adviseert Houthoff om het advies van de commissie van 16 mei 2019 grotendeels te volgen en daarmee een nadere onderbouwing op te nemen in de beslissing op bezwaar over de verenigbaarheid van de brancheringsregels in het bestemmingsplan met de Dienstenrichtlijn, en dan met name de evenredigheidseis als bedoeld in artikel 15, derde lid, onder c Dienstenrichtlijn welke door de bezwaarmaker ter hoorzitting aan de orde is gesteld.

Wij zijn voornemens u een raadsvoorstel aan te bieden, waarin de door Houthoff geadviseerde nadere onderbouwing in is opgenomen. Gelet op de complexiteit van het onderwerp en de (nagenoeg) raadsbrede opvatting over de detailhandel in Huizen en de bestemmingsmogelijkheden van het BNI-terrein gaan wij hierover in overleg met bureau RHO, welk bureau - zo nodig - ook (aanvullend) onderzoek kan verrichten ten behoeve van de nadere onderbouwing.

Wij verwachten u in de raadscyclus van september 2019 in de positie te kunnen brengen te besluiten over de beslissing op het bezwaarschrift van WPRI.

Roland Boom
wethouder

Advies van de commissie voor de bezwaarschriften (hierna: de commissie) inzake het bezwaarschrift van 9 oktober 2018, ontvangen op 10 oktober 2018, aangevuld bij brief van 5 november 2018, ontvangen op 6 november 2018, dat de heer mr. H.J. Breeman namens BN International B.V. en W.P. Retail Development & Management B.V. heeft ingediend tegen het besluit van het college van burgemeester en wethouders van Huizen van 28 augustus 2018, verzonden op 29 augustus 2018, tot afwijzing van het verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan BNI-locatie aan de Havenstraat te Huizen.

De feiten

- Bij brief van 25 mei 2018, ontvangen op 29 mei 2018, heeft W.P. Retail Development & Management B.V. (hierna: WPRI) de gemeenteraad (hierna: de raad) verzocht het bestemmingsplan "Haven en bedrijventerreinen" ter plaatse van de BNI-locatie aan de Havenstraat te wijzigen ten gunste van de door haar beoogde herontwikkeling, zoals verwoord in het Schetsontwerp van 4 mei 2018.
- Op 5 juli 2018 heeft de raad besloten dat het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) het ingediende verzoek dient af te handelen en daarbij dient vast te houden aan de uitgangspunten zoals verwoord in het coalitieakkoord.
- Bij brief van 29 augustus 2018 heeft het college WPRI meegedeeld dat haar verzoek is afgewezen. Tegen dit besluit heeft de heer mr. H.J. Breeman namens WPRI en BN International B.V. (hierna: BNI) bezwaar gemaakt en heeft hij verzocht hem een nadere termijn te verlenen voor het indienen van de bezwaargronden. Met dit verzoek is ingestemd. Bij brief van 16 oktober 2018 is mr. Breeman verzocht om de bezwaargronden binnen drie weken te verstrekken. Bij brief van 5 november 2018 heeft de heer mr. H.J. Breeman aan dat verzoek voldaan.
- In het kader van de behandeling van het bezwaarschrift is op 13 december 2018 een hoorzitting gehouden. Van deze hoorzitting is een verslag opgesteld.
- Mede op grond van de gehouden hoorzitting heeft de commissie bij brief van 6 februari 2019 aan de raad vragen gesteld. Op 21 maart 2019 heeft de raad besloten om de gestelde vragen overeenkomstig het raadsvoorstel van 12 maart 2019 te beantwoorden. Bij brief van 27 maart 2019 heeft de commissie het raadsvoorstel en raadsbesluit toegezonden aan de heer mr. A.J.G. Vegt, kantoorgenoot van de heer mr. H.J. Breeman, teneinde hem in de gelegenheid te stellen om binnen vier weken daarop te reageren. Bij e-mail van van 10 april 2019 heeft de heer mr. A.J.G. Vegt meegedeeld dat WPRI en BNI geen behoefte hebben om inhoudelijk te reageren op het raadsvoorstel en dat er bij hen ook geen behoefte bestaat aan een tweede hoorzitting.

Bezwaren

In het bezwaarschrift, en ter hoorzitting, zijn de navolgende bezwaren naar voren gebracht:

- Het bestreden besluit is onvoldoende gemotiveerd, vooringenomen, rechtsonzeker en onzorgvuldig en bovendien volgt op geen enkele wijze daaruit dat een belangenafweging heeft plaatsgevonden.
- Het bestreden besluit en het huidige bestemmingsplan, met de daarin opgenomen brancheringsregeling, verdragen zich, gelet op de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 20 juni 2018, niet met de Unierechtelijke eis dat het onderzoek in het kader van artikel 15, derde lid, onder c van de Dienstenrichtlijn dient te geschieden aan de hand van een analyse met specifieke gegevens.

Overwegingen

Ontvankelijkheid:

1. Ontvankelijkheid

Voordat de commissie de zaak inhoudelijk kan behandelen, dient zij eerst na te gaan of WPRI en BNI kunnen worden ontvangen in hun bezwaren. Aan de hand van de op de zaak betrekking hebbende stukken overweegt de commissie daarover als volgt.

1.1 Eisen waaraan aan bezwaarschrift moet voldoen en de geldende bezwaartermijn

Op grond van artikel 6:5 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) dient het bezwaarschrift te worden ondertekend en bevat het ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening, een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht en de gronden van bezwaar.

Op grond van artikel 6:7 van de Awb bedraagt de bezwaartermijn zes weken. Die termijn vangt op grond van artikel 6:8, eerste lid, van de Awb aan met ingang van de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze bekend is gemaakt.

Zoals hiervoor is vermeld, is het bestreden besluit op 29 augustus 2018 verzonden. De bezwaartermijn is daarom op 30 augustus 2018 gestart en op 10 oktober 2018 geëindigd. Het bezwaarschrift is op 10 oktober 2018 ontvangen. Het is dus tijdig ingediend. Ook zijn de bezwaargronden binnen de daarvoor geldende termijn verstrekt. Gelet hierop, en omdat het bezwaarschrift ook aan de eisen van artikel 6:5 Awb voldoet, is de commissie van oordeel dat het bezwaarschrift in zoverre ontvankelijk kan worden verklaard.

1.2 Direct, actueel en rechtstreeks belang

Op grond van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken.

Op grond van artikel 1:3, derde lid, van de Awb wordt onder aanvraag verstaan: een verzoek van een belanghebbende, een besluit te nemen.

De commissie stelt vast dat voor vaststelling van het bestreden besluit WPRI en BNI een overeenkomst hebben gesloten voor de aankoop en herontwikkeling van een deel van het fabrieksterrein van BNI. WPRI wenst op dit terrein onder andere een foodmarkt/supermarkt te vestigen. Omdat het geldende bestemmingsplan deze vorm van detailhandel niet toestaat, heeft WPRI een aanvraag tot wijziging van het bestemmingsplan ingediend. Gelet hierop gaat de commissie er van uit dat WPRI een concreet en economisch belang heeft bij het bestreden besluit. De commissie is daarom van oordeel dat WPRI een rechtstreeks en actueel belang heeft als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb bij het bestreden besluit, nu er een reële kans bestaat dat zij door dat besluit in haar belangen wordt geschaad.

Het verzoek tot herziening van het bestemmingsplan is weliswaar niet ingediend door BNI, maar zij is wel eigenaar van de betreffende gronden. Gelet hierop is de commissie van oordeel dat BNI een rechtstreeks en actueel belang heeft als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Awb bij het bestreden besluit.

1.3 Conclusie met betrekking tot de ontvankelijkheid

Omdat het bezwaarschrift voldoet aan de eisen van artikel 6:5 van de Awb en omdat WPRI en BNI aangemerkt kunnen worden als belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid, van de Awb, dient het bezwaarschrift ontvankelijk te worden verklaard.

Inhoudelijk

Aan de hand van de op de zaak betrekking hebbende stukken, waaronder het schriftelijk verweer en hetgeen ter hoorzitting naar voren is gebracht, overweegt de commissie het volgende.

2.1 Toepasselijke wet- en regelgeving

Op grond van artikel 3.9, eerste lid, van de Wet ruimtelijke ordening (hierna: Wro) is artikel 3.8 niet van toepassing op de afwijzing van een aanvraag om een bestemmingsplan vast te stellen.

Op grond van artikel 3.9, tweede lid van de Wro besluit de gemeenteraad zo spoedig mogelijk tot een afwijzing als bedoeld in het eerste lid doch in elk geval binnen acht weken na ontvangst van de aanvraag.

Op grond van artikel 15, eerste lid, van de Dienstenrichtlijn onderzoeken lidstaten of in hun rechtstelsel de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en zien erop toe dat eventueel bestaande eisen verenigbaar zijn met de in lid 3 bedoelde voorwaarden. De lidstaten passen hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan om de eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen.

Op grond van artikel 15, tweede lid, van de Dienstenrichtlijn onderzoeken lidstaten of de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in hun rechtstelsel afhankelijk wordt gesteld van de volgende niet-discriminerende eisen:

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

Op grond van artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn controleren de lidstaten of de in lid 2 bedoelde eisen aan de volgende voorwaarden voldoen:

- a). discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;
- b). noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- c). evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

2.2. Bestemmingsplan Haven- en Bedrijventerreinen

De gronden waarop het verzoek betrekking op heeft zijn gelegen binnen het ter plaatse geldende bestemmingsplan Haven- en Bedrijventerreinen (hierna: het bestemmingsplan). Op de gronden ter plaatse van de BNI-locatie rust een gemengde bestemming met diverse functies. Op grond van artikel 9.4, onderdeel e, van het bestemmingsplan is op deze gronden detailhandel, anders dan grootschalige (volumineuze) en perifere detailhandel, niet toegestaan.

2.3 Detailhandelbeleid 2010

Uit het Detailhandelbeleid 2010 (hierna: detailhandelbeleid) blijkt dat aan het uitsluiten van detailhandel op bedrijventerreinen de volgende overwegingen ten grondslag liggen:

- het beschikbaar houden van voldoende ruimte voor echte bedrijven op die terreinen.
- het voorkomen van ontwrichting van winkelcentra.
- het voorkomen van grote verkeersaantrekkende werking (verkeersafhandeling, parkeren) op die terreinen.

Voorts blijkt uit dit beleid dat:

- gestreefd wordt naar het zoveel mogelijk concentreren van detailhandelvoorzieningen in het hoofdwinkelcentrum (hierna: het centrum) en de verschillende buurtcentra met het oog op het in stand houden en versterken van de bestaande detailhandelstructuren.
- de verbetering van het bestaande detailhandelaanbod en de verlevendiging met name speelt voor het centrum en daar de hoogste prioriteit heeft. Deze ontwikkeling moet tot gevolg hebben dat het centrum van een boodschappencentrum in een winkelcentrum (lees: recreatief winkelen/funshopping) verandert.
- in het centrum de doelstelling is om 8.600 m² detailhandel extra te realiseren en dat binnen deze ruimte er ruimte is voor een discounter met een grootte van 1.500 m².
- bedrijventerreinen geen concurrent mogen worden van de winkelgebieden. Perifere detailhandel mag plaatsvinden op de daarvoor aangewezen locaties.

2.4 Structuurvisie

Uit de Structuurvisie blijkt dat gestreefd wordt naar het verlevendigen van het centrum door onder andere het winkelaanbod te verbreden. Bovendien blijkt daaruit dat het centrum er is voor 'winkelen' (lees: recreatief winkelen/funshopping) en het winkelcentrum De Oostermeent en de overige buurtcentra voor de dagelijkse boodschappen.

3. Overwegingen ten aanzien van het bezwaarschrift

3.1 Gemeentelijk beleid

De commissie constateert dat in paragraaf 3.4.1 van de toelichting op het bestemmingsplan is opgemerkt dat detailhandel in algemene zin niet wordt toegestaan op bedrijventerreinen. Zoals hiervoor is verwoord, blijkt dit ook uit het detailhandelbeleid.

Voorts constateert de commissie dat in het raadsvoorstel van 12 maart 2019 is opgemerkt dat het gemeentelijk beleid al langere tijd gericht is op het versterken van het centrum door een supermarkt toe te voegen aan het bestaande winkelaanbod, omdat het centrum daardoor aantrekkelijker wordt, economisch

beter functioneert en de ruimtelijke structuur daarvan wordt verbeterd. Dit beperkingenbeleid is uitgewerkt in een vestigingsbeperking in het bestemmingsplan. Op grond van artikel 9, onderdeel e, van het bestemmingsplan is detailhandel, anders dan grootschalige en perifere detailhandel, op de BNI-locatie niet toegestaan.

Op basis van het voorgaande concludeert de commissie dat het gemeentelijk beleid strekt tot het behoud en versterking van de leefbaarheid van het centrum en tot het voorkomen van leegstand in het centrum.

3.2 Verzoek tot herziening van het bestemmingsplan en afwijzing daarvan

Op 25 mei 2018 heeft WPRI verzocht het bestemmingsplan te wijzigen, zodat op de BNI-locatie detailhandel wordt toegestaan. Besloten is om aan dit verzoek geen gevolg te geven. Op basis van het verweerschrift van 29 november 2018, de gehouden hoorzitting en het raadsvoorstel van 12 maart 2019 constateert de commissie dat aan dit besluit de volgende standpunten ten grondslag liggen:

- met name in het centrum blijft het winkelaanbod achter bij hetgeen verwacht mag worden voor een kern van deze omvang;
- het economisch functioneren van het centrum staat onder druk;
- in Huizen is nog ruimte voor het toevoegen van één supermarkt en deze ruimte kan niet zomaar overal worden benut maar moet juist worden benut in het centrum, teneinde het centrum te versterken;
- een tweede supermarkt in het winkelcentrum zorgt er voor dat het centrum aantrekkelijker wordt, economisch beter gaat functioneren en de ruimtelijke structuur daarvan wordt verbeterd;
- een supermarkt mag zich niet op de BNI-locatie vestigen omdat daarvan wordt verwacht dat daardoor de detailhandelsstructuur in het centrum wordt ontwricht en omdat dit tot leegstand kan leiden.

In het kader van deze bezwaarschriftenprocedure heeft de gemachtigde van WPRI en BNI een beroep gedaan op de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS) van 20 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2062). In deze uitspraak heeft de ABRvS een oordeel gegeven over de toelaatbaarheid van branchering van detailhandel in ruimtelijke besluiten in het licht van de Dienstenrichtlijn. Zij oordeelde, kort samengevat, dat de betreffende brancheringsregel voldoet aan het discriminatieverbod en noodzakelijk is, maar dat de evenredigheid van die regel onvoldoende is onderbouwd, omdat het onderzoek in het kader van de evenredigheid aan de hand van een analyse met specifieke gegevens moet plaatsvinden.

Uit hetgeen de gemachtigde van WPRI en BNI ter hoorzitting naar voren heeft gebracht kan naar het oordeel van de commissie worden afgeleid dat hij niet ter discussie stelt of het bestreden besluit aan het discriminatieverbod en de noodzakelijkheidseis als bedoeld in artikel 15, derde lid, onder a en b, van de Dienstenrichtlijn voldoet. Daarentegen stelt hij wel de evenredigheidseis als bedoeld in artikel 15, derde lid, onder c van de Dienstenrichtlijn ter discussie. Uit zijn betoog blijkt dat hij van mening is dat daaraan niet wordt voldaan.

Omdat de gemachtigden van het college ter hoorzitting op dit betoog niet zijn ingegaan, heeft de commissie bij brief van 6 februari 2019 de raad gevraagd daarop in te gaan. Uit het raadsvoorstel van 12 maart 2019 blijkt dat de raad van mening is dat het bestreden besluit en het bestemmingsplan met de daarin opgenomen brancheringsregeling aan de evenredigheidseis voldoet. In dit raadsvoorstel is verwezen naar een aantal documenten. Omdat die documenten niet bij het raadsvoorstel waren bijgevoegd, heeft de secretaris aan het college verzocht om een aantal van die documenten te verstrekken. Omdat het hier veelal om openbare documenten gaat, en bovendien gebleken is dat de WPRI en BNI hiermee ook bekend zijn (zo wordt in het uitgevoerde Vestigings Plaats Onderzoek ook verwezen naar de door Seinpost uitgevoerde onderzoeken), zijn de opgevraagde stukken op grond van artikel 15, tweede lid, van de Verordening behandeling bezwaarschriften Huizen 2012 (hierna: de Verordening) niet toe te zenden aan de gemachtigde van WPRI en BNI en daarvoor ook geen toepassing te geven aan artikel 15, derde lid, van de Verordening.

Gelet op de ingenomen standpunten inzake de evenredigheidseis ziet de commissie zich voor de vraag gesteld of aan die eis wordt voldaan. In het kader van de beantwoording van die vraag overweegt zij als volgt.

3.3 Voldoet het bestreden besluit en het bestemmingsplan met de daarin opgenomen brancheringsregeling aan de evenredigheidseis?

Zoals hiervoor is opgemerkt, heeft de ABRvS in de uitspraak van 20 juni 2018 overwogen dat het onderzoek in het kader van de evenredigheid aan de hand van een analyse met specifieke gegevens dient te geschieden. Dit uitgangspunt heeft de ABRvS in haar uitspraken van 19 december 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:4195 en ECLI:NL:RVS:2018:4196) benadrukt. Op basis van deze twee uitspraken blijkt dat het primair gaat om de geschiktheid van de maatregel om het nagestreefde doel te bereiken. De geschiktheid kan met beantwoording van de volgende vragen worden aangetoond:

- handelt de gemeente coherent en systematisch om het nagestreefde doel te bereiken?
- is de maatregel effectief om het nagestreefde doel te bereiken?
- gaat de maatregel niet verder dan nodig om het nagestreefde doel te bereiken en zijn er (aantoonbaar) geen andere, minder beperkende maatregelen mogelijk?

3.3.1 Coherent en systematisch

Zoals volgt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) 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 (zie bijvoorbeeld het arrest van 12 januari 2010, 5.1.2e, ECLI:EU:C:2010:4).

Bij het coherentievereiste gaat het er om of de raad zijn doelen om de leefbaarheid van het centrum te behouden en te versterken en de leegstand in het centrum te voorkomen op een samenhangende en systematische wijze nastreeft. Om deze doelen te bereiken, hanteert de raad het uitgangspunt dat op bedrijventerreinen detailhandel niet is toegestaan.

De commissie constateert dat voor de vestiging van de Lidl, bestaande uit een E-lab en supermarkt, in 2009 een uitzondering is gemaakt op het door de raad gehanteerde uitgangspunt. In paragraaf 3.4.1 van de toelichting op het bestemmingsplan is daarover opgemerkt dat *'de vestiging van een dergelijke discounter geen afbreuk doet aan de detailhandelsstructuur van Huizen'*. Het is de commissie niet duidelijk op basis van welk, deugdelijk, onderzoek de raad dit standpunt heeft ingenomen. De commissie heeft geen stukken aangetroffen waarmee dat standpunt wordt onderbouwd, noch heeft de raad haar dat soort stukken aangereikt c.q. daarnaar verwezen. Ook het raadsvoorstel van 12 maart 2019 biedt in dat opzicht geen duidelijkheid. Gelet hierop, en omdat de aan Lidl geboden detailhandelsmogelijkheden vergelijkbaar zijn met de door WPRI beoogde detailhandel, is de commissie van oordeel dat in redelijkheid niet kan worden geconcludeerd dat het toestaan aan de Lidl niet leidt tot inconsistentie binnen de wijze waarop de raad zijn doelen nastreeft. Nu vestiging van de Lidl destijds wel is toegestaan (eveneens in afwijking van het toen geldende bestemmingsplan) is niet deugdelijk gemotiveerd waarom thans wel sprake zou zijn van ontwrichting van de detailhandelsstructuur en leegstand als gevolg van inwilliging van het door WPRI ingediende verzoek.

3.3.2 Is de maatregel effectief om de nagestreefde doelen te bereiken

In de hiervoor aangehaalde uitspraak van 20 juni 2018 heeft de ABRvS onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof beslist dat het onderzoek in het kader van artikel 15, derde lid, onder c van de Dienstenrichtlijn dient te geschieden aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. De ABRvS baseert zich daarbij met name op de arresten van het Hof van 24 maart 2011, Commissie/Spanje, ECLI:EU:C:2011:172, en van 19 oktober 2016, Deutsche Parkinson Vereniging eV, ECLI:EU:C:2016:776. Er moet sprake zijn van een analyse van de geschiktheid van de door de raad genomen maatregel en van specifieke gegevens ter onderbouwing van zijn betoog over de geschiktheid van de getroffen maatregel. Het is niet voldoende dat de raad zich ter onderbouwing van een brancheringsregeling alleen op algemene ervaringsregels beroept, zonder daarnaast onderzoeksgegevens of andere gegevens over te leggen waarmee de gestelde gevolgen van de vestigingsmogelijkheden op de samenstelling van het winkelaanbod en de leegstand in het centrum aannemelijk worden gemaakt. Daarbij kan de raad onderzoek naar de effectiviteit van ruimtelijk detailhandelsbeleid op landelijk, provinciaal of lokaal niveau, of gegevens ontleend aan koopstromenonderzoek, voor zover deze onderzoek toepasbaar zijn op de specifieke situatie in de betrokken gemeente, in ogenschouw nemen.

Verder heeft de ABRvS in de aangehaalde uitspraak met verwijzing naar rechtspraak van het Hof, met name het hiervoor genoemde arrest van 19 oktober 2016, beslist dat, als de raad van de gemeente Appingedam alsnog ter voldoening aan de tussenuitspraak een analyse met specifieke gegevens

verstrekt, in de uitspraak ter beoordeling staat of de raad redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat de brancheringsregeling geschikt is om het beoogde doel te bereiken.

In de hierna volgende paragraaf zal de commissie uiteenzetten welke analyse de raad heeft gemaakt om de effectiviteit van de brancheringsregeling te onderbouwen. Daarna zal vervolgens worden ingegaan op de vraag of de maatregel niet verder gaat dan nodig is.

3.3.2.1 De door de raad gemaakte analyse met betrekking tot de effectiviteit van de brancheringsregeling

Uit het raadsvoorstel valt te lezen dat de raad het standpunt inneemt dat *'uit eerder uitgevoerde studies blijkt dat het winkelaanbod in Huizen achterblijft bij hetgeen verwacht mag worden voor een kern van deze omvang. Met name het centrumgebied blijft in aanbod achter'*.

In de eerste plaats merkt de commissie op dat het haar niet duidelijk is op welke studies de raad doelt en welk aanbod in zijn ogen achterblijft. Voorts vraagt de commissie zich af waarom de raad niet eerst de actuele situatie in de gemeente Huizen, en meer in het bijzonder van het centrum, heeft onderzocht aan de hand van onder andere:

- een analyse van het winkelaanbod, bestaande uit een vergelijking van de winkelomvang in meters met het landelijke gemiddelde, aantal winkels en aantal leegstaande winkels;
- een leegstandsanalyse waarbij ook aandacht wordt besteed aan frictieleegstand;
- een marktanalyse aan de hand van onder andere koopkrachtbinding en koopkrachttoevloeiing.

Op grond van een dergelijk, breder, onderzoek kan naar het oordeel van de commissie het door de raad ingenomen standpunt aan de hand van concrete, verifieerbare, gegevens beter worden onderbouwd.

Daarnaast valt uit het raadsvoorstel te lezen dat *'het beleid van de gemeente Huizen al langere tijd is gericht op het versterken van het centrum door het toevoegen van een supermarkt aan het bestaande winkelaanbod. Deze beleidsmatige insteek is terug te vinden in meerdere stukken die in opdracht van de gemeente zijn opgesteld of door de raad zijn behandeld of vastgesteld'*. De raad is van mening dat voor dit gevoerde beleid een noodzaak bestaat omdat het economisch functioneren van het centrum onder druk staat. De raad voert daartoe aan dat uit het koopstromenonderzoek 2018 (hierna: kso 2018) blijkt dat:

- a). de bestedingen in de dagelijkse sector met 1,2 miljoen euro zijn teruggelopen ten opzichte van 2016.
- b). de bestedingen in de niet dagelijkse sector ook teruggelopen zijn ten opzichte van 2016.
- c). de leegstand met 7% is toegenomen ten opzichte van 2016 en thans 17 verkooppunten (10%) betreft. Volgens het raadsvoorstel is dit percentage lager dan gemiddeld in centra van (qua inwonertal) vergelijkbare kernen. Huizen zit echter wel in de klasse van kernen waar de koopkrachtbinding onder druk staat.

De commissie vraagt zich af in welk rapport staat dat Huizen in de klasse van kernen zit waar de koopkrachtbinding onder druk staat. Een specifieke bronvermelding ontbreekt. Verder vraagt de commissie zich af waarom de raad zijn standpunt dat het economisch functioneren van het centrum onder druk staat alleen heeft gebaseerd op het kso 2018. Waarom heeft hij daarbij geen andere relevante omstandigheden betrokken, zoals de functie van het winkelgebied, de huurprijs, het aantal passanten, de vloerproductiviteit, de waardering van de consumenten, hun bezoekduur en bezoekfrequentie en de leegstand en het risico op leegstand? Ook hiervoor geldt dat een dergelijk breder, onderzoek met specifieke gegevens het door de raad ingenomen standpunt beter onderbouwt.

Ook valt uit het raadsvoorstel te lezen dat *'uit divers onderzoek (onder andere door Seinpost in 2016) is gebleken dat er in Huizen nog ruimte is voor het toevoegen van één supermarkt en dat deze marktruimte niet zomaar overal kan worden benut, maar dat deze juist moet worden benut in het centrum en om het centrum te versterken'*.

De commissie constateert dat tussen partijen niet in geschil is dat er nog marktruimte is voor 2.000 m² WVO detailhandel in dagelijkse goederen. De commissie vraagt zich af waar in de rapportage van Seinpost is vermeld dat deze marktruimte niet zomaar overal kan worden benut, maar dat die ruimte juist moet worden benut in het centrum? En op basis van welke onderzoeksgegevens is dit standpunt gebaseerd? In het verlengde hiervan vraagt de commissie zich ook nog af op welk onderzoek met specifieke gegevens het standpunt is gebaseerd dat een tweede supermarkt in het centrum er voor zorgt dat het centrum aantrekkelijker wordt, economisch beter gaat functioneren en de ruimtelijke

structuur daarvan wordt verbeterd. Omdat er naar wordt gestreefd om het centrum te verlevendigen en te veranderen van een boodschappencentrum in een winkelcentrum voor recreatief winkelen/funschoping vraagt de commissie zich bovendien af waarom uitsluitend een tweede supermarkt bij uitstek geschikt is om daaraan een wezenlijke bijdrage te leveren. Ligt het niet evenzeer of meer voor de hand om een andere belangrijkere trekker te vinden? Anders gezegd, waarom moet de trekker persé een supermarkt zijn met als gevolg dat nergens anders die tweede supermarkt kan worden gevestigd.

Verder stelt de raad zich op het standpunt dat *'vestiging van een supermarkt op de BNI-locatie de detailhandelsstructuur ontwricht en tot leegstand leidt'* en dat *'de aanwezigheid van een goed, eigentijds, winkelaanbod in de dagelijkse goederen noodzakelijk is voor centra van de omvang van het centrum. Centra van deze omvang bestaan dankzij een goede mix van boodschappen doen en winkelen, waarbij het doen van boodschappen de kurk is waar het centrum op drijft'*.

De commissie vraagt zich af op basis van welke onderzoeken is geconcludeerd dat het doen van boodschappen de kurk is waar het centrum op drijft. Is dat het door Seinpost in 2016 uitgevoerde onderzoek? Of is dat het passantenonderzoek van DTNP (Passantenonderzoek trekkersrol supermarkten onder 3.000 respondenten in 20 dorps- en wijkcentra, 2016) op grond waarvan geconcludeerd is dat een supermarkt een cruciale publiekstrekker is voor centrumgebieden? Hoewel de raad in zijn raadsvoorstel naar dit laatste onderzoek niet heeft verwezen, heeft de commissie in het kader van de behandeling van het bezwaarschrift ook dit openbare document geraadpleegd. Daarnaast vraagt de commissie zich af op basis van welk(e) onderzoek(en) het standpunt is gebaseerd dat een tweede supermarkt op de BNI-locatie de detailhandelsstructuur ontwricht en tot leegstand leidt. Ook hiervoor geldt dat dergelijke onderzoeken met specifieke gegevens de door de raad ingenomen standpunten beter onderbouwen.

Ten slotte valt uit het raadsvoorstel te lezen dat *'met de komst van een door WPRI gewenste supermarkt buiten het centrum een gebied zou kunnen ontstaan met daarin een Lidl van 1.500 m² bruto vloeroppervlak (hierna: bvo) en een tweede supermarkt van 2.000-2.500 m² bvo. In totaal is dit 4.000 m² bvo dagelijkse goederen, terwijl in het centrum ongeveer 4.500 m² bvo dagelijkse goederen is gevestigd. Er ontstaat daarmee een nieuwe retaillocatie die functioneert als een winkelcentrum op zichzelf. Dit nieuwe centrum zal qua aanbod concurreren met het centrum van Huizen. Aannemelijk is namelijk dat na ontwikkeling van een supermarkt op het BNI-terrein een nieuwe winkelconcentratie ontstaat, omdat de combinatie van beide supermarkten en de bijbehorende consumentenstromen andere winkels zullen aantrekken die zich eveneens daar willen vestigen'*.

Gelet op de Conclusie van Advocaat-Generaal Szpunar van 18 mei 2017, ECLI:EU:C:2017:397 komt het de commissie niet onredelijk voor dat de raad dit standpunt inneemt. De commissie merkt daarbij nog op dat een eventuele nieuwe retaillocatie (bestaande uit de Lidl en door WPRI beoogde supermarkt) alleen met het centrum zal concurreren in het segment dagelijkse goederen. Er zal dus geen winkelcentrum voor recreatief winkelen ontstaan waar ook niet dagelijkse artikelen (zoals mode & luxe, vrije tijd) kunnen worden gekocht. Ontwrichting van het centrum als gevolg van het plan is daarom op voorhand niet aannemelijk gemaakt of onderbouwd.

Op grond van het voorgaande is de commissie van oordeel dat de raad zijn standpunten niet in voldoende mate heeft onderbouwd. Om die reden kan redelijkerwijs niet worden aangenomen dat sprake is van een analyse met specifieke gegevens aan de hand waarvan de raad in voldoende mate inzichtelijk heeft gemaakt dat de brancheringsmaatregel effectief is om het nagestreefde doel te bereiken.

3.3.3. Gaat de maatregel niet verder dan nodig om het nagestreefde doel te bereiken en zijn er (aantoonbaar) geen andere, minder beperkende maatregelen mogelijk?

Zoals hiervoor verwoord, wordt er al langere tijd naar gestreefd om het centrum te verlevendigen en te veranderen van een boodschappencentrum in een winkelcentrum voor recreatief winkelen/funschoping. Het standpunt van de raad komt er feitelijk op neer dat dit alleen kan worden bereikt door een tweede supermarkt toe te voegen aan het bestaande winkelaanbod en geen detailhandel toe te staan op bedrijventerreinen.

Ook hiervoor geldt dat deze toets moet geschieden aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. De commissie stelt vast dat de raad geen onderzoeksgegevens heeft overgelegd op grond waarvan hij redelijkerwijs heeft kunnen concluderen dat de brancheringsregeling niet verder gaat dan nodig is en er geen andere minder beperkende maatregelen mogelijk zijn. De (enkele) mededeling in het raadsvoorstel *'dat de planologische mogelijkheid voor het vestigen van een supermarkt bestaat, het feitelijk ook mogelijk is in het centrum een supermarkt te vestigen en de randvoorwaarden, zoals bereikbaarheid en parkeren, in het centrum wellicht minder aantrekkelijk zijn dan buiten het centrum, volstaat naar het oordeel van de*

commissie niet.

Conclusie

De commissie constateert dat in het raadsbesluit niet in voldoende mate inzichtelijk is gemaakt dat wordt voldaan aan het coherentievereiste, waarom de brancheringsregeling effectief is en waarom de brancheringsregeling niet verder gaat dan nodig is en er geen andere minder beperkende maatregelen mogelijk zijn. De commissie adviseert de raad daarom om dit motiveringsgebrek te herstellen, zodat alsnog inzichtelijk wordt gemaakt dat aan de evenredigheidseis wordt voldaan.

Proceskostenvergoeding

Op grond van artikel 7:15 van de Awb is verzocht om vergoeding van de kosten die in verband met het bezwaar redelijkerwijs zijn gemaakt. De commissie stelt vast dat deze kosten door het bestuursorgaan uitsluitend op verzoek worden vergoed voor zover het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Van het herroepen van het bestreden besluit wegens onrechtmatigheid hoeft naar het oordeel van de commissie geen sprake te zijn omdat de motivering in het besluit op bezwaar kan worden verbeterd c.q. aangevuld. Gelet hierop is de commissie van oordeel dat het verzoek niet voor toewijzing in aanmerking komt.

Advies

De commissie adviseert om het geconstateerde motiveringsgebrek te herstellen, zoals de commissie hierboven heeft aangegeven.

Huizen, 16 mei 2019

De commissie voor de bezwaarschriften

De voorzitter,

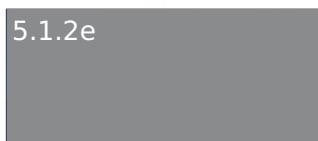
5.1.2e



De heer mr. A.J. Elbertsen

De secretaris,

5.1.2e



De heer mr. R.C. de Quay

Verslag van de hoorzitting op donderdag 13 december 2018 van de commissie voor de bezwaarschriften (hierna: de commissie) inzake het bezwaarschrift van 9 oktober 2018, ontvangen op 10 oktober 2018, aangevuld bij brief van 5 november 2018, ontvangen op 6 november 2018, dat de heer mr. H.J. Breeman namens BN International B.V. en W.P. Retail Development & Management B.V. heeft ingediend tegen het besluit van het college van burgemeester en wethouders Huizen van 28 augustus 2018, verzonden op 29 augustus 2018, tot afwijzing van het verzoek tot wijziging van het bestemmingsplan BNI-locatie aan de Havenstraat te Huizen.

Aanwezig:

van de zijde van de commissie:

5.1.2e [redacted], voorzitter
5.1.2e [redacted], lid
5.1.2e [redacted], lid
5.1.2e [redacted], ambtelijk secretaris

namens W.P. Retail Development & Management B.V.

5.1.2e [redacted], Managing Partner
5.1.2e [redacted], Managing Partner
5.1.2e [redacted], advocaat

namens BN International B.V.

5.1.2e [redacted], CEO
5.1.2e [redacted], advocaat

namens het college van burgemeester en wethouders:

5.1.2e [redacted], beleidsadviseur ruimtelijke ordening
5.1.2e [redacted], afdelingshoofd omgeving

De **voorzitter** opent de hoorzitting en licht de procedure toe. Hij deelt mee dat de commissie onafhankelijk van de gemeente Huizen is en advies uitbrengt aan het bevoegde bestuursorgaan over het te nemen besluit op het bezwaarschrift. De beslissing op bezwaar van het bevoegde bestuursorgaan gaat vergezeld met het verslag van de hoorzitting en het advies van de commissie.

De **voorzitter** stelt vast dat de aanwezigen geen bezwaar hebben tegen het maken van een geluidsopname van de hoorzitting ten behoeve van het opstellen van het verslag.

De heer 5.1.2e [redacted] verstrekt een pleitnota en leest die voor. Deze pleitnota wordt geacht integraal onderdeel uit te maken van het verslag. Hij verzoekt de commissie, gelet op het bezwaarschrift en hetgeen hij naar voren heeft gebracht, het college te adviseren het bezwaar gegrond te verklaren, het bestreden besluit te herroepen en het verzoek van zijn cliënten tot herziening van het bestemmingsplan alsnog op de door hen voorgestelde wijze te honoreren. Hij benadrukt ten slotte dat zijn cliënten open staan voor constructief overleg met het college.

5.1.2e [redacted] deelt mee dat in het verweerschrift alle relevante punten staan. Voor de Lidl is in 2010 een aparte procedure doorlopen via een projectbesluit op grond van de Wet ruimtelijke ordening. Er is een uitzondering gemaakt. De provincie heeft destijds het Streekplan aangepast om detailhandel op het Lucent-terrein mogelijk te maken. Daaraan lagen allerlei onderzoeken ten grondslag. Voorts deelt hij mee dat op 18 december 2018 ditzelfde gezelschap aanwezig was bij de zitting van de Afdeling Bestuursrechtspraak van Raad van State (hierna: ABRvS) over het bestemmingsplan "Verplaatsing Lidl Huizen". Het geldende bestemmingsplan "Haven- en Bedrijventerreinen" is destijds in overleg met BN International B.V. opgesteld. Er is toen bezien hoe de bestemming kon worden verruimd, zodat de productielijnen konden worden verplaatst. Destijds was geen sprake van de komst van detailhandel en dat blijkt nu ineens de enige mogelijkheid om de productielijnen te verplaatsen.

De **voorzitter** vraagt of 5.1.2e behoefte heeft in te gaan op hetgeen de heer Vegt naar voren heeft gebracht ten aanzien van de kwestie Appingedam¹. 5.1.2e antwoordt dat hij daarop nu niet wil ingaan.

De **voorzitter** refereert aan de woorden van 5.1.2e dat het bestemmingsplan destijds in overleg met BN International B.V. is opgesteld. Hij verzoekt de context daarvan toe te lichten en aan te geven of de plannen zijn gewijzigd. 5.1.2e deelt mee dat zes jaar geleden afspraken zijn gemaakt over de vaststelling van het bestemmingsplan "Haven- en Bedrijventerreinen". Hij is ongeveer vier jaar geleden bij BN International B.V. in dienst getreden. De overwegingen van toen zijn hem niet bekend. Voorts meldt hij dat de kosten van de verplaatsing van de twee productielijnen destijds niet realistisch zijn ingeschat. BN International B.V. is weinig kapitaalkrchtig. De vestiging in Huizen is de laatste jaren verliesgevend. Dit negatieve resultaat wordt gecompenseerd door de dochterondernemingen. De verplaatsing moet worden gefinancierd uit de grondopbrengst. De noodzakelijke opbrengst van de grond past niet bij het huidige bestemmingsplan. BN International B.V. is in gesprek gegaan met een partij die bereid is de opbrengst te betalen. Tot nu toe is er een haalbaar plan voorgelegd, namelijk een plan met een deel detailhandel. Dat is de enige mogelijkheid om de lijnen te verplaatsen. Zonder opbrengst wijzigt de locatie van de vestiging niet. Dit leidt tot een negatieve ontwikkeling voor het bedrijf en bovendien wordt de voortzetting van de werkgelegenheid in gevaar gebracht. De verplaatsing helpt om efficiënter te gaan werken en vergroot de levensvatbaarheid van het bedrijf. In reactie hierop deelt 5.1.2e mee dat hij met de voorganger van 5.1.2e langdurende en intensieve overleggen heeft gevoerd om te komen tot een bestemmingsplan dat in bedrijfseconomisch opzicht gelijkwaardig was aan de bedrijvenbestemming die er lag. Het overleg bestond uit jarenlange onderhandelingen die hebben geleid tot een overeenkomst. Naar aanleiding hiervan merkt 5.1.2e op dat hij gelooft dat het is gegaan zoals 5.1.2e heeft verwoord, maar dat dit niets afdoet aan de door hem geschetste situatie.

5.1.2e vraagt of het college iets had gedaan als destijds bekend was dat BN International B.V. detailhandel wilde doorvoeren. 5.1.2e meldt dat de gemeenteraad daarmee niet had ingestemd. Decennialang wordt immers als beleid gevoerd om detailhandel niet toe te laten op bedrijventerreinen. In reactie hierop merkt 5.1.2e op dat, los van de afspraken die destijds al dan niet in samenspraak tot stand zijn gekomen en vertaald zijn in een bestemmingsplan, iedereen weet dat ruimtelijke ordening en planologie een dynamisch geheel is dat continu moet inspelen op de veranderingen in de maatschappij. Dat is lastig omdat bestemmingsplannen doorgaans voor een termijn van tien jaar gelden. De wereld wijzigt soms sneller dan die tien jaar. Het zou te gek zijn als een onderneming wordt geboeid door dergelijke afspraken die nu niet tot een passende oplossing leiden. De planologie kan daarvoor niet zijn bedoeld. In aanvulling hierop wil de heer **Vegt** van het college de relevantie van de opmerking weten dat de gemeenteraad niet had ingestemd als BN International B.V. indertijd detailhandel zou hebben gewild. 5.1.2e antwoordt dat hij de vraag niet begrijpt. 5.1.2e deelt daarop mee dat hij de vraag van 5.1.2e niet begrijpt. 5.1.2e merkt op dat hij niets heeft gevraagd maar dat hij slechts heeft geconstateerd dat de gemeenteraad met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vanaf 2008 niet zou hebben ingestemd met een wens van BN International B.V. om detailhandel toe te staan, omdat een verzoek tot detailhandel op het bedrijventerrein al jarenlang niet wordt gehonoreerd. In reactie hierop verduidelijkt de heer **Vegt** zijn vraag. In het verweerschrift wordt opgemerkt dat BN International B.V. betrokken is geweest bij de totstandkoming van het bestemmingsplan. Deze opmerking is niet voor niets geplaatst. Wat heeft het college met die opmerking willen zeggen? 5.1.2e deelt daarop mee dat er een overeenkomst was die in strijd is met het toen geldende bestemmingsplan en dat vervolgens het bestemmingsplan "Haven- en Bedrijventerreinen" tot stand is gekomen in overleg met BN International B.V. waarvan 5.1.2e de CEO is. De heer **Vegt** vraagt wat dat te maken heeft met het ruimtelijke kader?

5.1.2e komt terug op de vraag van de voorzitter toe te lichten hoe een en ander is verlopen en wat er is gewijzigd voor BN International B.V. Op basis van de hiervoor vermelde overeenkomst heeft BN International B.V. een stuk land van de gemeente Huizen gekocht waarop een nieuwe fabriek is gebouwd. De opbrengst van dat stuk land was 390 euro per vierkante meter. Dat is precies de opbrengst die nodig is voor de verplaatsing van de lijnen. Het kan zijn, maar dat is gissen, dat de toenmalige directie

¹ Het betreft de uitspraak van de ABRvS van 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062

heeft gedacht dat met de te realiseren opbrengst de verplaatsing van de twee productielijnen kan worden bekostigd. Helaas is de situatie nu anders. Voor de huidige bestemming is de waarde 250 euro per vierkante meter. Het stuk land dat destijds van de gemeente is gekocht, had dezelfde initiële bestemming en leverde 390 euro per vierkante meter op. Mogelijk dat hierin een verkeerde aanname heeft gezeten. De **voorzitter** concludeert dat de context helder is geworden en dat de vraag afdoende is beantwoord.

5.1.2e gaat in op het betoog dat detailhandel nodig is om verplaatsing van de twee productielijnen betaalbaar te maken. Wat maakt dat het college vasthoudt aan de stelling dat daar geen kleinschalige detailhandel mag plaatsvinden, terwijl alles in beweging is en het college op het bedrijventerrein meer mogelijk wil maken? **5.1.2e** antwoordt dat het niet gaat om kleinschalige detailhandel, maar om een supermarkt van 2.500 vierkante meter. Los daarvan is sinds jaar en dag het vaststaand beleid om de kernen te versterken, dus detailhandel in het Oude Dorp en de Oostermeent, en geen versnippering op bedrijventerreinen. **5.1.2e** deelt daarop mee dat vaststaand beleid aan verandering onderhevig kan zijn. Wat maakt dat door het toestaan van detailhandel op de BNI-locatie er inbreuk wordt gemaakt op de clustering van detailhandel in het centrum? Dit is niet op zichzelf staand. Dit is een deel van het geheel en een deel van een groter plan. **5.1.2e** merkt op dat alle andere beoogde functies zich op de BNI-locatie kunnen vestigen. Detailhandel mag zich daar echter niet vestigen omdat daarvan wordt verwacht dat de structuur in het centrum wordt ontwricht. Onder verwijzing naar de eerder genoemde uitspraak van de ABRvS deelt de heer **5.1.2e** mee, dat zo'n enkele mededeling niet voldoende is. Het college betoogt dat detailhandel zich niet buiten het centrum mag vestigen omdat wordt gevreesd voor leegstand. De vrees van het college is niet onderbouwd maar kennelijk gebaseerd op algemene ervaringsregels. Daarvan heeft de Afdeling letterlijk gezegd dat het niet voldoende is. Er moet concreet onderzoek worden gedaan of de vrees terecht is. Zoals deze situatie laat zien, is die vrees niet terecht want de Lidl is al een tijd gevestigd op het betreffende bedrijventerrein. Kennelijk is in 2010 een uitzondering gemaakt, maar de reden daarvan is niet bekend. Het is niet bekend of destijds is onderzocht of de detailhandelsstructuur daadwerkelijk niet zou worden aangetast. Uit de toelichting op het bestemmingsplan "Verplaatsing Lidl Huizen" blijkt dat de gemeenteraad dat vindt. Het is niet bekend of dit standpunt gebaseerd is op onderzoek of slechts een niet onderbouwde stelling is. Het komt erop neer dat detailhandel buiten het centrum, zoals dat hier is gebeurd, mogelijk is. Het is daarom niet duidelijk waarom dat niet voor deze ontwikkeling zou kunnen. Het lijkt erop alsof het college ervanuit gaat dat de hele ontwikkeling met detailhandel wordt ingevuld, maar het betreft een ondergeschikt gedeelte van de ruimte.

5.1.2e merkt op dat de Lidl viel onder e-Lab en niet onder detailhandel. De heer **Vegt** stelt dat volgens artikel 7 van het bestemmingsplan "Haven- en Bedrijventerreinen" de supermarkt Lidl is gevestigd. Aan het hoofdkantoor zit een supermarkt vast. De supermarkt wordt verplaatst. Op het bedrijventerrein is al detailhandel gevestigd. **5.1.2e** vraagt het college of het klopt dat daar een supermarkt is. **5.1.2e** bevestigt dat op het bedrijventerrein een supermarkt van Lidl zit. In 2010 is voorafgaand aan de vaststelling van het bestemmingsplan "Haven- en Bedrijventerreinen" een projectbesluitprocedure doorlopen waaraan minstens twee distributieplanologische onderzoeken ten grondslag hebben gelegen. Deze onderzoeken zijn destijds door de initiatiefnemer aangereikt. Het college moet blijkbaar nu zelf onderzoek doen. Er is bij de stukken voor dit initiatief een vestigingsplaatsonderzoek gevoegd. Er staat een aantal aannames over vierkante meters detailhandel die nog niet zijn benut. Het college kan daarmee niet veel. Terugkomende op de vraag: de Lidl heeft ter plekke een supermarkt en daaraan lagen in 2010 diverse onderzoeken ten grondslag.

5.1.2e wil weten of er na 2010 nog onderzoeken zijn gedaan. **5.1.2e** meldt dat het college verder geen onderzoek heeft gedaan. Bij de aanvraag zat een vestigingsplaatsonderzoek. **5.1.2e** vult aan dat in de periode van Lidl een distributieplanologisch onderzoek is gedaan. Het doel van het onderzoek was inzicht te krijgen of de vestiging van de Lidl de door het college gewenste tweede supermarkt in het dorp onmogelijk zou maken. Als dat het geval zou zijn, dan was het Lidl waarschijnlijk niet toegestaan om zich op het Lucentterrein te vestigen. Uit het onderzoek bleek dat in het dorp nog steeds ruimte was voor een tweede supermarkt. De lang gekoesterde wens van gemeente Huizen wordt op dit moment gerealiseerd en is bovendien de afgelopen jaren bevestigd in diverse centrumontwikkelingen. Er zijn in het kader van de centrumontwikkeling in de periode 2010 tot 2016 drie of vier DPO's gemaakt om te bepalen of een tweede supermarkt nog steeds haalbaar was. Er is nu een partij bezig met een plan voor een tweede supermarkt in het dorp. Dat zijn de laatste meters supermarktruimte van gemeente Huizen. De

voorzitter vraagt of er verschil van mening is over de aanwezige marktruimte. Ergens in een rapport staat 2.000 vierkante meter. Komt dit overeen met de bevindingen van het college? **5.1.2e** deelt mee dat hij het exacte aantal vierkante meters kan naleveren. In het centrumgebied is ruimte voor een tweede supermarkt. In de periode 2008 en 2009 is onderzocht of de Lidl in het centrumplan kon worden gevestigd. Dat bleek om verschillende redenen niet haalbaar. Daarom is de Lidl op het bedrijventerrein terechtgekomen. De gemeenteraad heeft als voorwaarde gesteld dat er in het dorpscentrum ruimte moest blijven voor een tweede supermarkt als tegenhanger van de Albert Heijn. De **voorzitter** constateert dat de aanwezige marktruimte in het centrum moet worden ingevuld. **5.1.2e** vervolgt dat een ontwikkelaar daarmee bezig is in het voormalige pand van Blokker.

5.1.2e meldt dat een ander supermarktbedrijf kennelijk heeft ingespeeld op oude plannen. Het college stelt eenzijdig dat hun plan een supermarkt zou behelzen. Ten eerste blijkt uit dat plan dat het om meer functies gaat en bovendien is daar heel nadrukkelijk in benoemd dat culturele, educatieve, horeca en leisure functies een plek moeten krijgen. Deze functies in de Havenstraat vormen het interessante verbindingselement tussen het Nautisch kwartier en het centrum. De supermarkt is dus een verkeerde term. W.P. Retail Development & Management B.V. spreekt over een foodmarket. Het deel supermarkt is qua meters en omzet daaraan ondergeschikt. Dit is onlangs aan de leden van de commissie Fysiek Domein gepresenteerd en toegelicht. Het is meer en anders dan door het college wordt geschetst. Het tweede punt is de stelselmatige toedeling door het college als het gaat om marktruimte. Het college stelt dat de marktruimte voor het centrum bestemd is. Er is ruimte of er is geen ruimte. De ruimte is voor deze of gene die de ruimte wil claimen met een goed plan. Eind 2017 is een goed plan ingediend en dit is begin 2018 nogmaals ingediend. Het plan duidt alle aspecten en kenmerken voldoende aan, zodat het college de ruimtelijke afweging kan maken. Het college heeft deze afweging niet gemaakt. Dat tussendoor een andere partij komt die het gaat proberen in het centrum is prima, maar daarmee kan het voorliggende plan niet aan de kant worden geschoven. W.P. Retail Development & Management B.V. praat met de Jumbo omdat zij de meeste ervaring hebben in Nederland. Jumbo was heel lang de geïnteresseerde en beoogde partij voor de planontwikkeling in het centrum. Na veel jaren heeft Jumbo om meerdere redenen gezien dat het daar niet gaat lukken. Het zijn dezelfde redenen op grond waarvan Lidl destijds heeft afgezien van vestiging in het centrum. Het college heeft daarom een uitzondering gemaakt om voor Het Plaveen, destijds een bedrijventerrein, het bestemmingsplan te wijzigen. Het huidige verzoek is identiek aan het vorige verzoek.

5.1.2e merkt op dat **5.1.2e** een gloedvol betoog houdt voor alle nevenfuncties bij de supermarkt. Het is tot op vanavond niet gelukt de gemeenteraad te overtuigen. Alle nevenfuncties zijn toegestaan als voor een andere kostendrager wordt gezorgd. De gemeenteraad gaat vanavond waarschijnlijk voor de derde maal in een half jaar besluiten dat er geen behoefte is aan een supermarkt op het bedrijventerrein.

5.1.2e vraagt het college hoe groot de Lidl is. **5.1.2e** antwoordt dat het 1.500 vierkante meter bruto vloeroppervlak en 1.200 vierkante meter verkoopvloeroppervlak betreft. **5.1.2e** constateert dat het een grote oppervlakte betreft. **5.1.2e** vindt het een gangbare maat voor de planontwikkeling in de supermarktwereeld.

5.1.2e heeft op de website van gemeente Huizen een aantal documenten aangetroffen die over het centrum gaan, zoals het Keucheniusgebied, participatie en resultaat en de toelichting termijnagenda centrumgebied Huizen. Waarom worden deze documenten niet aangemerkt als een analyse? De heer **Vegt** meent dat het gaat om de onderbouwing waarom de beoogde ontwikkeling van zijn cliënten niet mogelijk is. Daaruit zou moeten blijken dat een gerechtvaardigde inbreuk kan worden gemaakt op het rechtelijke beginsel van vrije vestiging. In de door **5.1.2e** genoemde beleidsdocumenten wordt een bepaald streven of een bepaalde ambitie geuit. Het college stelt dat er sprake is van vast beleid en vreest voor ontwrichting van de detailhandelsstructuur en leegstand maar een onderbouwing blijft uit. De door **5.1.2e** genoemde documenten bieden eveneens geen onderbouwing aan de hand van verifieerbare gegevens. Er wordt niet onderbouwd dat het toestaan van detailhandel leidt tot ontwrichting van de detailhandelsstructuur en leegstand. Een dergelijk onderzoek is niet gebeurd. Vervolgens vraagt **5.1.2e** of het college een vestigingsplaatsonderzoek had moeten uitvoeren. De heer **Vegt** zegt dat dit uit de uitspraak van de ABRvS blijkt. Er moet onderzoek worden gedaan. Het plan mag niet zonder meer van tafel worden geschoven. Het college wilde niet reageren op de uitspraak inzake

Appingedam maar de heer Vegt is benieuwd naar hun zienswijze daarover omdat het de crux is van deze bijeenkomst.

5.1.2e vraagt het college naar het standpunt over de bevoegdheid. Het verhaal over het college of de gemeenteraad kwam op haar verwarrend over. Het verzoek is daarin duidelijkheid te scheppen. 5.1.2e meldt dat het verzoek in de maand mei is ingediend. De ingekomen brief stond vervolgens voor de raadsvergadering geagendeerd bij categorie G, afhandeling door het college. De gemeenteraad heeft besloten dat het college de brief afhandelt maar heeft in dit specifieke geval daaraan inhoudelijk toegevoegd dat een en ander met inachtneming van het coalitieakkoord, waarin onder meer staat dat er geen detailhandel mag komen op deze plek, dient te geschieden. 5.1.2e vraagt of zij dit moet zien als een soort verkapt mandaat. De bevoegdheid wordt namelijk niet bepaald door de wijze waarop een brief wordt afgehandeld. 5.1.2e meldt dat het inhoudelijke aspect is gelegen in de verwijzing naar het coalitieakkoord. Dat is het besluit van de gemeenteraad over het verzoek. 5.1.2e vraagt of het college het zo heeft geïnterpreteerd dat de gemeenteraad heeft bepaald dat het college de brief moet afhandelen en dat hij zich daarbij dient te houden aan het coalitieakkoord. 5.1.2e deelt mee dat met inachtneming van het coalitieakkoord het verzoek door het college dient te worden afgedaan. 5.1.2e vult aan dat het geen interpretatie is, maar een uitspraak en daarmee dus een besluit van de gemeenteraad. 5.1.2e constateert dat de commissie dat moet verstaan onder het besluit van de gemeenteraad. 5.1.2e stelt dat het om het afdoeningsbesluit van de gemeenteraad gaat. 5.1.2e vraagt of het college kan begrijpen dat het kan overkomen als een procedurele afhandeling van een brief. 5.1.2e meent dat 5.1.2e het mag noemen zoals zij dat wil, maar het is het besluit geweest om het college op te dragen de brief af te doen met inachtneming van het collegeakkoord. 5.1.2e heeft gesproken met de raadsleden. Hij heeft de indruk gekregen dat zij bewust het mandaat hebben gegeven aan het college maar dat het de vraag is of de gemeenteraad daarover goed heeft nagedacht. 5.1.2e vraagt 5.1.2e wat hij met deze opmerking bedoelt. 5.1.2e betwijfelt serieus of de raadsleden bewust hebben besloten het coalitieakkoord te volgen. Het gevoel is dat de gemeenteraad heeft besloten dat het college de brief mag afhandelen.

5.1.2e vindt het interessant dat het college zichzelf deze vraag heeft gesteld. Het is niet belangrijk dat het besluit op deze wijze tot stand is gekomen. Hoe het besluit tot stand is gekomen is belangrijk. De onderbouwing is niet deugdelijk.

De heer 5.1.2e benadrukt dat cliënten via een distributieplanologisch onderzoek niet hebben onderbouwd dat er marktruimte is voor de door hen beoogde ontwikkeling. Dat is een stap verder dan waarvoor we hier zitten. In het bestreden besluit is de grondslag gelegd dat detailhandel überhaupt niet mogelijk is. De eerste stap is de onderbouwing of het mogelijk is deze brancheringsregeling in stand te houden en te voldoen aan de Appingedam-uitspraak. Als dat niet het geval is, moet verder worden gekeken of er ruimte is. De cliënten hebben dat voldoende aangetoond. Er is geen inhoudelijke weerlegging gekomen op de inhoud van het vestigingsplaatsonderzoek dat cliënten hebben verstrekt. Het lijkt goed om duidelijk het onderscheid te maken, dus een marktruimte analyse en een analyse of de brancheringsregeling overeind kan blijven.

De **secretaris** geeft in antwoord op de gestelde vraag aan dat er termijnen gelden. De eerste termijn van twaalf weken kan worden verdaagd met zes weken. Deze zaak bevindt zich nog in de eerste termijn. Het streven is uiterlijk begin februari 2019 advies uit te brengen. Niets meer aan de orde zijnde sluit de voorzitter de hoorzitting.

De commissie voor de bezwaarschriften
De voorzitter,

5.1.2e

de heer mr. A.J. Elbertsen

De secretaris,

5.1.2e

de heer mr. R.C. de Quay

Notitie

Alleen per e-mail

Aan Gemeente Huizen
5.1.2e
Datum 27 mei 2019
Betreft Bezwaarschrift BNI / WPRI
Referentie 650001032/22591041.1

5.1.2e MRICS
5.1.2e
5.1.2e
T +31 20 605 65 44
F +31 20 605 67 04
M 5.1.2e
E 5.1.2e @houthoff.com
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

1. Inleiding

- 1.1. Op 17 mei 2019 is ons de navolgende casus om advies voorgelegd.
- 1.2. Ontwikkelaar WP Retail Invest ('**WPRI**') heeft de gemeente Huizen ('**de Gemeente**') verzocht om het bestemmingplan Haven en Bedrijventerreinen ('**het Bestemmingsplan**') te herzien ten behoeve van de realisatie van een grote supermarkt – de Jumbo – op het terrein van BN International ('**BNI**') aan de Havenstraat in Huizen. De Gemeente heeft het verzoek afgewezen, omdat reguliere detailhandel op deze locatie niet is toegestaan volgens het Bestemmingsplan. Het Bestemmingsplan bevat daarmee een zogeheten brancheringsregeling. WPRI en BNI hebben tegen het besluit tot afwijzing van de herziening van het Bestemmingsplan bezwaar gemaakt, door op 9 oktober 2018 een pro forma bezwaarschrift in te dienen en op 5 november 2018 een aanvullend bezwaarschrift in te dienen.
- 1.3. WPRI en BNI voeren in het bezwaarschrift van 5 november 2018 nog niet aan dat de brancheringsregeling in strijd zou zijn met de Dienstenrichtlijn 2006 ('**Dienstenrichtlijn**'). Uit het advies van de commissie bezwaarschriften ('**de Commissie**') blijkt evenwel dat WPRI voor het eerst ter hoorzitting de evenredigheids eis als bedoeld in artikel 15, derde lid, onder c van de Dienstenrichtlijn ter discussie heeft gesteld. WPRI kon dit doen, aangezien belanghebbenden nog tijdens de hoorzitting – en onder omstandigheden zelfs na afloop daarvan¹ – nieuwe gronden kunnen aanvoeren zonder te handelen in strijd met de goede procesorde.² Uit het verslag van de hoorzitting d.d. 13 december 2018 blijkt dat WPRI stelt dat uit de Appingedam-uitspraak blijkt dat de Gemeente een vestigingsplaatsonderzoek had moeten uitvoeren. WPRI en BNI hebben een vestigingsplaatsonderzoek overgelegd en hierop zou geen inhoudelijke weerlegging van

¹ Zie: ABRvS 2 mei 2007, AB 2007/263; ABRvS 3 september 2003, AB 2003/389; vgl. ook ABRvS 1 oktober 2008, LJNBf3893.

² H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt, R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Wolters Kluwer, p. 558.

de Gemeente zijn geweest. Volgens WPRI dient de Gemeente i) een marktruimte analyse en ii) een analyse of de brancheringsregeling overeind kan blijven, op te stellen.

- 1.4. De Commissie heeft tussentijds verzocht een aanvullende motivering te geven van de afwijzing van het verzoek van WPRI, dit gelet op de Appingedam-jurisprudentie. De Raad heeft vervolgens een aanvullende motivering vastgesteld in de Raadsvergadering van 21 maart 2019 (o.a. op basis van een extern advies van RHO-adviseurs). In het advies van de Commissie van 16 mei 2019 adviseert de Commissie de Raad om motiveringsgebreken te herstellen, bijvoorbeeld middels externe onderzoeken.
- 1.5. De vraag die om advies is voorgelegd is of, gelet op de zaken Appingedam en Tilburg, de Raad moe worden geadviseerd om:
 - i) af te wijken van het advies van de Commissie met in de motivering daarvoor een toelichting op en verwijzing naar de uitspraak inzake Tilburg en de bezwaren van WPRI ongegrond te verklaren; of
 - ii) nadere externe onderzoeken te verrichten, het advies van de Commissie geheel of gedeeltelijk over te nemen en de bezwaren na het verrichten van de onderzoeken ongegrond te verklaren.

2. Advies

- 2.1. Na beoordeling van de stukken adviseren wij om het advies van de Commissie van 16 mei 2019 grotendeels te volgen en daarmee een nadere onderbouwing op te nemen in de beslissing op bezwaar over de verenigbaarheid van de brancheringsregels in het Bestemmingsplan met de Dienstenrichtlijn, en dan met name de evenredigheidseis als bedoeld in artikel 15, derde lid, onder c Dienstenrichtlijn welke door de bezwaarmaker ter hoorzitting aan de orde is gesteld.
- 2.2. Met slechts een verwijzing naar de Tilburg-uitspraak kan in onze optiek niet worden volstaan (zie onder § 4), onder meer omdat in de Tilburg-uitspraak een besluit van een andere aard werd betwist (namelijk een weigering om een vergunning tot afwijking van een bestemmingsplan te verlenen) dan nu door WPRI en BNI wordt bestreden (hier gaat het om de weigering om een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan). Wel kan worden geput uit de positieve aspecten van de Tilburg-uitspraak, nu daaruit kan worden afgeleid dat wanneer een besluit door middel van exceptieve toetsing aan de bestuursrechter wordt voorgelegd, een appellant strijdigheid met de Dienstenrichtlijn voldoende moet concretiseren. Uit het verslag van de hoorzitting d.d. 13 december 2018 blijkt enkel dat WPRI aanvoert dat uit de Appingedam-uitspraak volgt dat de Gemeente een vestigingsplaatsonderzoek had moeten overleggen. Voor betwisting is vatbaar of WPRI hiermee voldoende heeft gespecificeerd (en geconcretiseerd) waarom het bestreden besluit onevenredig is in de zin van artikel 15, derde lid onder c Dienstenrichtlijn.

- 2.3. Wat hiervan ook zij, uit een uitspraak van de rechtbank Amsterdam d.d. 12 december 2018 (zie onder § 4.4) zou moeten worden afgeleid dat vrij snel wordt bevonden dat een appellant zijn grond over strijdigheid met de Dienstenrichtlijn voldoende heeft geconcretiseerd.³ Het is in dat geval alsnog aan de gemeente om te motiveren dat aan de voorwaarden van de Dienstenrichtlijn wordt voldaan.
- 2.4. Wel is het de vraag of op alle punten die de Commissie in haar advies aangeeft een nadere onderbouwing nodig is. Dit vraagt een nadere beoordeling van de jurisprudentie van het Hof om na te gaan wat precies vereist is in het licht van het onderzoek van een bestuursorgaan naar de evenredigheidstoets. Een uitgebreide beantwoording van die (vervolg)vraag valt buiten de scope van hetgeen ons thans is gevraagd, doch indien gewenst kunnen wij dienaangaande nader adviseren.
- 2.5. Vorenstaand advies lichten wij in het onderstaande nader toe.

3. Jurisprudentie Afdeling

Appingedam (ABRVs, 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062)

- 3.1. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ('**Afdeling**') heeft op 20 juni 2018 een tussenuitspraak gedaan in de zaak Appingedam, nadat de Afdeling prejudiciële vragen had gesteld aan het Europese Hof van Justitie ('**Hof**') over de toepassing van de Dienstenrichtlijn 2006 ('**Dienstenrichtlijn**') bij bestemmingsplannen met regels over detailhandel. Het Hof oordeelde eerder in het arrest Appingedam van 30 januari 2018 dat detailhandel in goederen kwalificeert als dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn en dat bestemmingsplanregels vallen binnen de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn.⁴ Voor de beoordeling van een bestemmingsplan dat betrekking heeft op de vestigingsmogelijkheden van detailhandel, is daarom niet alleen de goede ruimtelijke ordening van belang, maar ook de voorwaarden die de Dienstenrichtlijn stelt (is de regeling non-discriminatoir, noodzakelijk en evenredig).⁵ In de zaak-Appingedam oordeelde de

³ In de uitspraak van de rechtbank Amsterdam (Rechtbank Amsterdam, 12 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:884) oordeelde de rechtbank dat eiser, door aan te voeren dat in Diemen geen sprake is van een ongezone leegstand en het dus niet noodzakelijk is om de omgevingsvergunning voor reguliere detailhandel te weigeren, voldoende had geconcretiseerd waarom het bestemmingsplan in strijd was met de Dienstenrichtlijn. Het was vervolgens aan het de gemeente om te motiveren dat wél aan de voorwaarden werd voldaan.

⁴ HvJ EU 30 januari 2018, ECLI:EU:C:2018:44.

⁵ In de conclusie van ^{5.1.26} over schaarse rechten d.d. 6 juni 2018 concludeert de A-G dat bestemmingsplannen, uitwerkings- wijzigings- en/of inpassingsplannen én omgevingsvergunningen in de regel géén besluiten zijn waarbij schaarse rechten worden toebedeeld. Wel merkt de A-G op dat voor zover territoriale of kwantitatieve beperkingen betrekking hebben op een dienst als bedoeld in de Dienstenrichtlijn, zij als 'verdachte' eisen in de zin van de Dienstenrichtlijn moeten worden aangemerkt. Dit betekent dat zij gelet op artikel 15 van de Dienstenrichtlijn moeten kunnen worden gerechtvaardigd. Zij moeten dan voldoen aan de eisen van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid.

Afdeling vervolgens dat de gemeenteraad gebreken in de onderbouwing en motivering van de betwiste brancheringsregeling moest herstellen, door te motiveren dat met name aan de eis van evenredigheid was voldaan.

Tilburg / International Bike Group (ABRvS, 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471)

- 3.2. Waar in de zaak-Appingedam een besluit tot vaststelling van een bestemmingsplan voorlag, betreft de zaak Tilburg / International Bike Group ('**Tilburg-uitspraak**') de weigering van een omgevingsvergunning om van een onherroepelijk bestemmingsplan af te wijken. In de Tilburg-uitspraak wordt verwezen naar de Appingedam-uitspraak en overweegt de Afdeling als volgt:

*"Anders dan in de hiervoor genoemde uitspraak van 20 juni 2018, is in dit geding 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 bestemmingsplan af te wijken. Het besluit tot vaststelling van het bestemmingsplan waaraan de aanvraag om omgevingsvergunning is getoetst, is onherroepelijk. Het ligt in deze situatie op de weg van International Bike Group om nader te onderbouwen waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel in strijd zijn met artikel 15, derde lid, van de Dienstenrichtlijn. Aangezien International Bike Group slechts heeft gesteld dat het bestuursorgaan onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel geschikt zijn om het beoogde doel te bewerkstelligen, heeft zij haar betoog over strijd met de Dienstenrichtlijn onvoldoende geconcretiseerd."*⁶

4. Beoordeling jurisprudentie Afdeling

- 4.1. In de literatuur wordt de Tilburg-uitspraak regelmatig zo uitgelegd dat het feit dat het detailhandel beperkende beleid is vastgesteld in een al onherroepelijk bestemmingsplan volgens de Afdeling kennelijk een andere bewijslastverdeling rechtvaardigt, zelfs als een besluit tot afwijking van het bestemmingsplan aan orde is.⁷ Zoals hierboven vermeld, oordeelt de Afdeling dat aangezien International Bike Group slechts heeft gesteld dat het bestuursorgaan onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel geschikt zijn om het beoogde doel te bewerkstelligen, zij haar betoog over strijd met de Dienstenrichtlijn onvoldoende heeft geconcretiseerd. Dat de Afdeling overweegt dat het daarom – en ook gezien het feit dat het bestemmingsplan onherroepelijk is – op de weg had gelegen van International Bike Group om eventuele

⁶ ABRvS, 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471, r.o. 4.2.

⁷ Zie bijvoorbeeld: J.R. van Angeren, S. Ravelli, 'De eerste drie lessen voor de praktijk na een jaar Appingedam', *Stibbe News & Insights*, 26 maart 2019; ABRvS, 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471 met annotatie van I. Kieft in Annotaties OGR 2018-0228.

strijdigheid met de Dienstenrichtlijn verder te onderbouwen, lijkt ons geen directe indicatie om aan te nemen dat de Afdeling een andere bewijslastverdeling voor ogen heeft. Wel blijkt uit de Tilburg-uitspraak dat het ontoereikend is wanneer een appellant enkel stelt dat een planregel onverbindend is wegens strijd met de wet (de Dienstenrichtlijn) zonder dit verder toe te lichten. In de literatuur wordt benadrukt dat dit echter allerminst zou betekenen dat de Afdeling heeft bepaald dat het bij aanvragen voor omgevingsvergunningen of exceptieve toetsing van planregels steeds enkel aan de aanvrager zou zijn om aan te tonen dat de beperking niet voortvloeit uit dwingende redenen van algemeen belang, of dat de beperkende maatregel niet noodzakelijk of evenredig is.⁸ Dit lijkt ook niet passend vanuit het kader van de (effectieve werking van de) Dienstenrichtlijn.

- 4.2. Op grond van artikel 15, eerste lid van de Dienstenrichtlijn rust op lidstaten de verplichting om te onderzoeken of in hun rechtsstelsel verboden eisen worden gesteld als bedoeld in de Dienstenrichtlijn. De lidstaten hebben de taak om erop toe te zien dat bestaande eisen in overeenstemming zijn met artikel 15, derde lid van de Dienstenrichtlijn. Gelet hierop past het vanuit het Europees recht bezien niet om een onderscheid aan te brengen in de bewijslast tussen een besluit dat direct ter toetsing voorligt (een bestemmingsplan) en een besluit dat door middel van exceptieve toetsing aan de bestuursrechter wordt voorgelegd (de toets van de onherroepelijke planregels door middel van een besluit tot weigering een omgevingsvergunning te verlenen, dan wel een besluit tot afwijzing een bestemmingsplan te herzien).⁹ Indien sprake is van een 'eis' als bedoeld in artikel 15, tweede lid van de Dienstenrichtlijn, rusten voornoemde verplichtingen op de lidstaat en daarmee op het bestuursorgaan.¹⁰ Een omkering van de bewijslast afhankelijk van het karakter van het besluit, lijkt dus niet passend binnen het kader van de Dienstenrichtlijn.¹¹
- 4.3. Sinds de Tilburg-uitspraak hebben verschillende lagere rechters uitspraken gedaan in soortgelijke geschillen.
- 4.4. In een uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 12 december 2018 wordt vastgesteld dat de bewijslast van strijdigheid met de Dienstenrichtlijn onder omstandigheden ligt bij eiser.¹² De uitspraak van 12 december 2018 behelst, onder verwijzing naar de Tilburg-

⁸ Zie: ABRvS, 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471 met annotatie van G.H.J. Heutink, I.L. Haverkate in TBR 2019/7 en annotatie Lam in AB 2018/459.

⁹ Zie voor een uitgebreide uiteenzetting van het kader voor exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften door bestuursrechters de conclusie van A-G Widdershoven over exceptieve toetsing d.d. 22 december 2017.

¹⁰ A.G.A. Nijmeijer, 'Dienstenrichtlijn en bestemmingsplan', *TO* 2018/1, p. 32 – 38.

¹¹ Als 'eis' in de zin van de Dienstenrichtlijn wordt aangemerkt: "elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten of voortvloeiend uit de rechtspraak, de administratieve praktijk" of uit de regels van beroepsorden of -verenigingen (art. 4, onder 7).

¹² Rechtbank Amsterdam, 12 december 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8845.

uitspraak, dat degene die een beroep doet op de onverbindendheid van een onherroepelijke bestemmingsplanregel (en de weigering van de omgevingsvergunning die daarop is gebaseerd) moet aantonen dat die bestemmingsplanregel niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn. Volgens de rechtbank Amsterdam had eiser, door aan te voeren dat in Diemen geen sprake is van een ongezonde leegstand en het dus niet noodzakelijk is om de omgevingsvergunning voor reguliere detailhandel te weigeren, voldoende geconcretiseerd waarom het bestemmingsplan in strijd was met de Dienstenrichtlijn. Het was vervolgens aan de gemeente om te motiveren dat wél aan de voorwaarden werd voldaan.

- 4.5. Tot slot is in het kader van de bewijslastverdeling ook een uitspraak van de rechtbank Overijssel van 9 november 2018 interessant. In deze uitspraak stond eveneens een omgevingsvergunning ter afwijking van een (onherroepelijk) bestemmingsplan ter discussie.¹³ Appellant stelde dat in ieder geval de vergunningweigering, en wellicht ook de bestemmingsplanvoorschriften, in strijd was of waren met de Dienstenrichtlijn van de Europese Unie. De rechtbank overweegt dat het de vraag moet beantwoorden of de brancheringsregel zoals opgenomen in de planregels van het bestemmingsplan, op grond waarvan de omgevingsvergunning is geweigerd, voldoet aan de eisen van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid uit de Dienstenrichtlijn. Volgens de rechtbank heeft verweerder onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het in het bestemmingsplan opgenomen verbod van detailhandel (anders dan volumineuze detailhandel) en de weigering om een omgevingsvergunning te verlenen voor het ter plekke toestaan van grootschalige detailhandel noodzakelijk en evenredig is. In deze uitspraak ligt de bewijslast bij het bevoegd gezag: deze dient aan te tonen dat het verbod op detailhandel en de vergunningweigering voldoet aan de Dienstenrichtlijn.

Conclusie

- 4.6. Alles overziend is de literatuur en jurisprudentie niet eenduidig over de betekenis van de Tilburg-uitspraak voor de bewijslastverdeling in geval van potentiële strijdigheid van brancheringsregels met de Dienstenrichtlijn. Wel lijkt uit de Tilburg-uitspraak te volgen dat bij een weigering om van een bestemmingsplan af te wijken, de partij die zich erop beroept dat de vergunningsweigering of de planregels in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn, deze strijdigheid dient toe te lichten. Als een toelichting geheel ontbreekt, zoals (kennelijk) het geval was in de Tilburg-uitspraak, komt de Afdeling niet meer toe aan een inhoudelijke beoordeling van de beroepsgrond. Bezien vanuit het kader van de Dienstenrichtlijn is de uitleg dat de Tilburg-uitspraak voor een geval als in casu aan de orde is een omkering van de bewijslast inhoudt – in onze optiek – echter te verstrekkend.

¹³ Rechtbank Overijssel, 9 november 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4291.

- 4.7. Toegepast op de onderhavige casus menen wij dat uit het verslag van de hoorzitting van 13 december 2018, in combinatie met het (aanvullend) bezwaarschrift van 5 november 2018, niet gezegd kan worden dat elke motivering van de gestelde strijdigheid met de Dienstenrichtlijn – onder verwijzing naar de Appingedam-uitspraak – ontbreekt.
- 4.8. Onder deze omstandigheden zou het zonder meer afwijken van het Commissie-advies in de beslissing op het bezwaar onder de enkele verwijzing naar de omkering van de bewijslast die de Gemeente zou willen afleiden uit de Tilburg-uitspraak, het risico in zich bergen dat deze beslissing in beroep geen stand houdt. Gelet hierop adviseren wij om zorgvuldig na te gaan welke onderdelen van het advies van de Commissie wel, en welke geen aanleiding behoeven te zijn voor een nadere motivering van het besluit.

Legenda toegepaste uitzonderingsgrondslagen

In dit document zijn gegevens geanonimiseerd op grond van:

Wet	Artikel	Omschrijving	Pagina's
Wet open overheid	Art. 5.1 lid 2 sub e	De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer	6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 18