

## ANNOTATIE

### ***Iris Kieft***

#### *Annotatie bij Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, 24-10-2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471 (OGR-2018-0228)*

1. Enkele maanden na de geruchtmakende uitspraak in de Appingedam-zaak van 20 juni 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:2062), heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) weer een uitspraak gedaan over brancheringsregels in het licht van de Dienstenrichtlijn (Richtlijn 2006/123/EG). Het betreft de uitspraak van 24 oktober 2018 in het geschil tussen International Bike Group B.V. en het college van burgemeester en wethouders van de gemeente Tilburg (ECLI:NL:RVS:2018:3471). International Bike Group had een vergunning aangevraagd om in afwijking van het bestemmingsplan een filiaal van Fietsenwinkel.nl met een vloeroppervlakte van 640 m<sup>2</sup> te mogen realiseren aan de Bosscheweg 255-01 te Tilburg. Aanvankelijk had het college de vergunning verleend, maar na een bezwaar van concurrent Fietswereld, heeft het college de vergunning ingetrokken en alsnog afwijzend beslist op de oorspronkelijke aanvraag.

2. Het bouwplan van International Bike Group was volgens het college in strijd met het ter plaatse geldende bestemmingsplan 'Theresia-Loven-Besterd 2016' waarin het perceel aan de Bosscheweg 255-01 is bestemd voor 'Gemengd – Grootchalig' met de functieaanduiding 'detailhandel perifeer'. Op dit perceel was dus slechts perifere detailhandel en geen gewone detailhandel toegestaan. De verkoop van fietsen kon wel kwalificeren als perifere detailhandel, maar enkel indien sprake was van een minimaal bruto verkoopvloeroppervlak van 1000 m<sup>2</sup>. De fietsenwinkel die International Bike Group wilde realiseren was te klein om als perifere detailhandel te kwalificeren. In bezwaar heeft het college besloten geen medewerking te verlenen aan afwijking van het bestemmingsplan ten behoeve van het initiatief van International Bike Group.

3. In beroep betoogde International Bike Group – onder verwijzing naar de Appingedam-uitspraak van de Afdeling – dat de planregels die uitsluitend perifere detailhandel op het

perceel toestaan in strijd zijn met artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn. De gemeente had naar het oordeel van International Bike Group niet of onvoldoende gemotiveerd dat deze brancheringsregeling voor detailhandel geschikt is om het beoogde doel te bereiken.

4. De Appingedam-uitspraak nog even kort op een rijtje: in navolging van het Hof van Justitie van de EU oordeelde de Afdeling dat detailhandel en bestemmingsplanregelingen over detailhandel binnen het bereik van de Dienstenrichtlijn vallen en dat de relevante bepalingen uit de Dienstenrichtlijn ook van toepassing zijn op zuiver interne situaties. Een brancheringsregeling geldt als eis als bedoeld in artikel 15 lid 2 van de Dienstenrichtlijn omdat een brancheringsregeling territoriale beperkingen stelt aan de vestiging van dienstenverrichters. Dergelijke eisen kunnen op grond van artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn gerechtvaardigd zijn als deze (1) niet discrimineren naar nationaliteit/plaats statutaire zetel, (2) noodzakelijk zijn (d.w.z. gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang) en (3) evenredig zijn (d.w.z. geschikt en niet verdergaan dan nodig is om het doel te bereiken).

5. Wat betekent dit nu voor International Bike Group en het Tilburgse bestemmingsplan "Theresia-Loven-Besterd 2016"? Anders dan in de Appingedam-uitspraak, lag in deze zaak niet een raadsbesluit tot vaststelling van een bestemmingsplan voor, 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, was onherroepelijk. Dit is een cruciaal verschil tussen beide zaken waaraan de Afdeling voor International Bike Group grote gevolgen verbindt. In deze omstandigheden had het op de weg van International Bike Group gelegen om nader te onderbouwen waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel in strijd zijn met artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn, aldus de Afdeling. International Bike Group had echter slechts gesteld dat het college de evenredigheid van de planregel onvoldoende had gemotiveerd, maar had haar stelling niet nader geconcretiseerd. De Afdeling ziet daarom geen aanleiding om de betreffende planregels onverbindend te verklaren.

5. In de situatie dat om exceptieve toetsing van een onherroepelijk bestemmingsplan wordt gevraagd wegens gestelde strijd met de Dienstenrichtlijn, ligt de bewijslast dus anders dan in de situatie dat een bestemmingsplan zelf voorwerp is van de beroepsprocedure. Dit is niet verrassend. Het is immers vaste rechtspraak van de Afdeling dat exceptieve toetsing van een onherroepelijk bestemmingsplan niet zover strekt dat het plan aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als de toetsingsmaatstaf die wordt gehanteerd in het kader van de boordeling van beroep tegen een vastgesteld bestemmingsplan. Wil exceptieve toetsing in zo een geval leiden tot onverbindendheid of het buiten toepassing laten van een bestemmingsregeling, dan dient die regeling evident in strijd te zijn met de hogere regeling,

waarbij onder meer is vereist dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor toetsing daaraan bij wijze van exceptie leent (zie bijv. ECLI:NL:RVS:2018:906). Dit vraagt uiteraard meer precisie en onderbouwing van een appellant.

6. Dat de Dienstenrichtlijn voldoende concreet is om zich voor toetsing bij wijze van exceptie te lenen, lijkt in de uitspraak van 24 oktober 2018 niet ter discussie te staan. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft zich daar recent expliciet over uitgelaten en kwam tot de conclusie dat de Dienstenrichtlijn concreet genoeg is (ECLI:NL:RBZWB:2018:5947, r.o. 4.3.2).

7. Mogelijk heeft de Afdeling met de uitspraak van 24 oktober 2018 met betrekking tot de Dienstenrichtlijn zelfs een nuancering aangebracht op de vaste lijn dat exceptieve toetsing voor de appellant slechts succesvol kan zijn als de bestemmingsregeling evident in strijd is met de hogere regelgeving. Immers, de Afdeling brengt de vaste lijn niet in herinnering en oordeelt slechts dat International Bike Group onvoldoende concreet heeft gemaakt dat sprake is van strijd met de Dienstenrichtlijn. Een dergelijke nuancering is ook wel op zijn plaats, in ieder geval tijdelijk. Er zijn in Nederland immers talloze onherroepelijke bestemmingsplannen met brancheringsregelingen die zijn vastgesteld zonder dat de Dienstenrichtlijn is betrokken in de besluitvorming. Beroep tegen die bestemmingsplannen wegens strijd met de Dienstenrichtlijn had bovendien ook niet tot succes kunnen leiden, gelet op de vaste lijn die Afdeling destijds hanteerde.

8. Het gebrek aan concretisering is dan ook een gemiste kans. Voor zover dit uit de uitspraak blijkt, lijkt het doel van de betreffende brancheringsregeling het handhaven van de bestaande winkelstructuur die uitgaat van een minimaal bruto verkoopoppervlak van 1000 m<sup>2</sup>. In de toelichting op het bestemmingsplan wordt hierover niet heel veel meer gezegd. Een onderbouwing dat deze regeling voldoet aan de vereisten van artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn, ontbreekt in de toelichting op het bestemmingsplan. Bij een geconcretiseerd beroep had het college wel het een en ander uit te leggen gehad.

9. In deze uitspraak komt niet de vraag aan de orde of de weigering om de omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan (hierna: afwijkingsvergunning) te verlenen zelf in strijd is met de Dienstenrichtlijn. Ook in recente zaken in eerste aanleg waarin het geschil een afwijkingsvergunning betrof en strijd met de Dienstenrichtlijn werd ingebracht, is niet betoogd dat de verlening of weigering van die vergunning zelf strijdig was (zie ECLI:NL:RBGEL:2018:3864 en ECLI:NL:RBZWB:2018:5947).

10. De gedachte dat een besluit op een aanvraag voor een omgevingsvergunning voor afwijking van het bestemmingsplan zelf in strijd kan zijn met de Dienstenrichtlijn, is echter zo gek nog niet. Uit artikel 1.1.2 van het Besluit ruimtelijke ordening (hierna: Bro) volgt

bijvoorbeeld al lange tijd dat ook bij de beslissing op een aanvraag om een afwijkingsvergunning voorkomen dient te worden dat strijd ontstaat met artikel 14 aanhef en onder 5 van de Dienstenrichtlijn. Artikel 1.1.2 van het Bro spreekt weliswaar slechts over artikel 14 aanhef en onder 5 van de Dienstenrichtlijn en niet over alle bepalingen over 'eisen' uit de Dienstenrichtlijn (afdeling 2 van Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn), maar dat komt omdat de in Nederland eerder gevolgde lijn was dat de bepalingen over eisen verder niet van toepassing waren op ruimtelijke besluiten, noch op detailhandel. Sinds het arrest van het Hof van Justitie van de EU en de Appingedam-uitspraak van de Afdeling weten we dat afdeling 2 van Hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn in z'n geheel van toepassing is op branchering in ruimtelijke besluiten. Met andere woorden, de bepalingen over 'eisen' uit de Dienstenrichtlijn zijn ook relevant bij de besluitvorming over afwijkingsvergunningen.

11. In de literatuur wordt ook betoogd dat een afwijkingsvergunning niet kwalificeert als een vergunning in de zin van de Dienstenrichtlijn. Nijmeijer merkt daarbij op dat het vreemd zou zijn als het bevoegd gezag met de enkele keuze van het instrument – bestemmingsplan of afwijkingsvergunning – de reikwijdte van de Dienstenrichtlijn zou kunnen beïnvloeden (TO 2018/ 1, p. 33). Keerzijde van die argumentatie is mijns inziens dat ook de beslissing op een aanvraag om een afwijkingsvergunning – net als een planregel – als een eis als bedoeld in de Dienstenrichtlijn kan gelden.

12. Als de Afdeling in een voorkomend geval zou oordelen dat een besluit op een aanvraag om een afwijkingsvergunning kwalificeert als eis onder de Dienstenrichtlijn, zou de toets op strijdigheid met de Dienstenrichtlijn weer worden uitgevoerd op het besluit dat in (hoger) beroep voorligt. Logischerwijs zou de bewijslast dan weer teruggelegd worden bij het betrokken bestuursorgaan en is het aan bestuursorgaan om toe te lichten dat het besluit om de afwijkingsvergunning wel of niet te verlenen voldoet aan de eisen van de Dienstenrichtlijn.