

AANTEKENEN EN PER GEWONE POST

Rechtbank Noord-Nederland
Afdeling bestuursrecht
T.a.v. mw. L. Burgler
Postbus 150
9700 AD Groningen

Guyotplein 1
9712 NX Groningen

Per fax: 088 - 3610226

Mw. mr. I.J. Wind-Middel
Advocaat
Tel.: 0592-393363
Fax: 0592-393300
E-mail: i.wind-middel@triplaw.nl
Website: www.triplaw.nl

Assen, 7 maart 2019

Inzake : het beroep van RetailPlan B.V. en Visser Vastgoed Beleggingen B.V.
Onze ref. : 31602334
Documentnr. : 42333634v1

Edelachtbare vrouwe, heer,

Op 3 juli 2017 is naar aanleiding van het bovengenoemde beroep een verweerschrift ingediend namens het college van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Hoogezand – Sappemeer, thans de gemeente Midden – Groningen (het college). Op 9 april 2018 is namens het college een reactie gegeven op een brief van eiseressen en een bijbehorend verzoek van uw rechtbank van respectievelijk 9 maart 2018 en 12 maart 2018. Op 25 februari 2019 hebben eiseressen het beroep verder aangevuld.

Dit nader verweer strekt ertoe het verweer van 3 juli 2017 en 9 april 2018, waarvan ik u verzoek hetgeen hierin naar voren is gebracht als hier herhaald en ingelast te beschouwen, aan te vullen naar aanleiding van het nadere stuk van eiseressen van 25 februari 2019 alsmede relevante ontwikkelingen in de jurisprudentie.

Voor wat betreft dit laatste gaat het onder meer om het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) van 30 januari 2018, zaaknummer C31/16, waarin (kort samengevat en voor zover thans relevant) is geoordeeld dat:

- detailhandel in goederen een dienst is in de zin van de Dienstenrichtlijn, en

- regels in bestemmingsplan die kwalificeren als een “eis” als bedoeld in artikel 15 lid 2 van de Dienstenrichtlijn, dienen te worden getoetst aan de in artikel 15 lid 3 van de Dienstenrichtlijn genoemde voorwaarden (non-discriminatoir; noodzakelijk en evenredig);
- de Dienstenrichtlijn ook van toepassing is op een interne situatie waarin geen grensoverschrijdende aspecten een rol spelen. Hierdoor wordt in het onderhavige beroep niet meer toegekomen aan toepassing van artikel 49 VWEU.

Daarnaast betreft het met name de (tussen)uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 20 juni 2018 (zaaknummer 2013092936/5) die naar aanleiding van voormeld arrest van de HvJ EU is gewezen en een uitspraak van de Afdeling van 24 oktober 2018, ECLI:NL:RVS:2018:3471, waaruit volgt hoe moet worden omgegaan met een aanvraag omgevingsvergunning ten behoeve van de uitoefening van een dienst als bedoeld in de Dienstenrichtlijn, die op grond van een onherroepelijk bestemmingsplan is geweigerd. Dit afwegingskader is immers anders dan het kader wanneer rechtsmiddelen worden aangewend tegen een niet-onherroepelijk bestemmingsplan.

Hierna zal ik kort het procesverloop beschrijven. Vervolgens zal ik ingaan op de ruimtelijk planologische inpassing van de detailhandelsstructuur van Hoogezand – Sappemeer. Tenslotte zal ik toelichten waarom het college terecht niet heeft hoeven overgaan tot het verlenen van een omgevingsvergunning afwijking bestemmingsplan ten behoeve van de vestiging van reguliere detailhandel, waaronder een supermarkt op het Winkelpark Hoogezand.

I. Procesverloop

Op 17 december 2015, door het college ontvangen op 18 december 2015, heeft RetailPlan B.V. (RetailPlan) namens Woonplein Hoogezand b.v. een principeverzoek gedaan omtrent het kunnen vestigen van reguliere detailhandel, waaronder een supermarkt, aan de Hazenleger 1, 3, 5 en 5a op het Winkelpark Hoogezand (ca. 2.400 m² bvo).

Bij brief van 25 januari 2016 heeft het college te kennen gegeven het principeverzoek aan te merken als een aanvraag omgevingsvergunning en op deze aanvraag de reguliere voorbereidingsprocedure van toepassing te verklaren. Tevens heeft het college aan RetailPlan verzocht om binnen vier weken na 25 januari 2016 een aanvraagformulier conform de Ministeriële regeling omgevingsrecht (Mor) in te vullen via www.omgevingsloket.nl. Aan dit verzoek is door RetailPlan gevolg gegeven op 1 februari 2016.

Blijkens het aanvraagformulier is aangevraagd een omgevingsvergunning afwijkend gebruik voor “het gebruik van bestaande panden ten behoeve van reguliere detailhandel, waaronder een supermarkt. Het oppervlak van het bestaande bouwwerk zal niet worden vergroot”. De aanvraag is in strijd met artikel 9.1 van het (onherroepelijke) bestemmingsplan Woongebieden, op grond waarvan ter plaatse perifere detailhandel (woninginrichting, horeca, doe-het-zelf en tuincentrum) is toegestaan.

Bij primair besluit van 23 maart 2016, verzonden 24 maart 2016, heeft de Omgevingsdienst Groningen (ODG) namens het college de gevraagde omgevingsvergunning ex. artikel 2.12 lid 1 onder a2 Wabo en artikel 4 onderdeel 9 bijlage II Bor geweigerd, omdat de aanvraag in strijd werd geacht met het op dat moment geldende gemeentelijk detailhandelsbeleid (met name de *Beleidsnota detailhandelsbeleid 2012 – 2017*, vastgesteld door de Raad op 15 april 2013 (de Beleidsnota)) en provinciaal beleid (*Provinciaal Omgevingsplan 2009 –*

2013 en ontwerp-Omgevingsvisie provincie Groningen 2016 – 2020). De ODG wijst er voorts op, dat door de aanvrager geen rapportage is overgelegd van een deskundige. Hierdoor kan niet worden afgeweken van het detailhandelsbeleid. Immers niet duidelijk is of de nieuwvestiging van reguliere detailhandel of een supermarkt op de beoogde locatie geen onaanvaardbare ruimtelijke effecten (detailhandel) of een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau (supermarkt / eerste levensbehoeften) veroorzaakt (zie ook artikel 3.2 lid 1b Mor, op grond waarvan gegevens en bescheiden dienen te worden verstrekt over de gevolgen van het beoogde gebruik voor de ruimtelijke ordening).

Op 29 april 2016, aangevuld op 13 juni 2016, is namens RetailPlan en Visser Vastgoed Beleggingen B.V. (Visser Vastgoed) bezwaar gemaakt tegen de weigering omgevingsvergunning van 23 maart 2016. Kort gezegd komt dit bezwaar erop neer, dat volgens bezwaardenden de brancheringsregels in strijd zijn met de goede ruimtelijke ordening, de Dienstenrichtlijn en de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU). Ondanks dat sprake is van een onherroepelijk bestemmingsplan, hadden de betreffende voorschriften – evenals het detailhandelsbeleid – door volgens bezwaardenden door het college buiten toepassing moeten worden gelaten.

Bij beslissing op bezwaar van 11 oktober 2016, verzonden 13 oktober 2016 zijn de bezwaren van RetailPlan en Visser Vastgoed, onder verwijzing naar het advies van de Algemene commissie voor bezwaar- beroepschriften van 6 juni 2016, ongegrond verklaard.

Hiertegen is door RetailPlan en Visser Vastgoed (eiseressen) op 15 november 2016, aangevuld op 9 december 2016, beroep ingesteld. In de kern wordt aangevoerd, dat de bedoelde branchebeperkingen niet ruimtelijk relevant zouden zijn en dat deze branchebeperkingen zijn ingegeven vanuit een economisch motief, hetgeen in strijd is met artikel 3.1 Wro. Uit de plantoelichting volgt niet, waarom de branchebeperkingen noodzakelijk zijn, geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en evenredig zijn. Er is sprake van een dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn. Bij toetsing van de omgevingsvergunning aan het bestemmingsplan, dienden de verboden branchebeperkingen op grond van het Unierecht, buiten toepassing te worden gelaten hetgeen ertoe zou leiden dat elke vorm van detailhandel, zonder beperkingen, op de locatie is toegestaan en de omgevingsvergunning diende te worden verleend, althans niet kon worden geweigerd.

II. Toelichting op de planologische verankering van de detailhandelsstructuur in Hoogezand – Sappemeer

Namens eiseressen wordt als gezegd onder meer aangevoerd dat de detailhandelsstructuur in Hoogezand – Sappemeer en specifiek het winkelgebied Winkelpark Hoogezand met bijbehorende branchering is ingegeven vanuit een economisch motief. Er zou geen sprake zijn van een goede ruimtelijke ordening en er is strijd met de Dienstenrichtlijn / artikel 49 VWEU. Het college kan dit standpunt niet volgen. Dat wordt hierna verder toegelicht.

In de Beleidsnota is de beoogde detailhandelsstructuur van Hoogezand – Sappemeer beschreven. Als uitgangspunt voor de totstandkoming van de detailhandelsstructuur geldt onder meer dat de leegstand in Hoogezand – Sappemeer relatief hoog ligt en dat het aanbod in zowel de dagelijkse sector als de niet – dagelijkse sector ruimschoots voldoende is. Er is sprake van overcapaciteit. Ook trends in de detailhandel zijn betrokken, zoals schaalvergroting, brancheervaging en thuiswinkelen. Deze uitgangspunten hebben geleid tot de aanwijzing van de volgende kernwinkelgebieden:

- Hoofdwinkelcentrum De Hooge Meeren
 - bedient lokale en regionale bevolking
 - recreatief winkelen
 - ca. 17.000 m2 wvo
- Winkelcentrum Martenshoek
 - bedient lokale bevolking
 - dagelijks, doelgericht, discount
 - ca. 8.000 m2 wvo
- Winkelcentrum Sappemeer
 - Bedient lokale bevolking
 - boodschappencentrum
 - ca. 6.000m2 wvo
- Buurtsteunpunt pleiaden
 - bedient direct omliggende wijken
 - supermarkt als trekker
- Buurtsteunpunt Winkelhoek
 - bedient direct omliggende wijken
 - supermarkt als trekker
- **Winkelpark Hoogezand**
 - perifere detailhandel in woninginrichting, doe-het-zelf en tuincentrum; beoogd wordt verruiming tot perifere detailhandel, ABC-goederen en landbouwwerktuigen (raadsbesluit 18 november 2013)
 - branches zijn moeilijk inpasbaar in bestaande winkelgebieden
 - doelgericht boodschappen doen
 - regionale aantrekkingskracht
 - fase 1 ca. 27.000m2 wvo

De winkelstructuur in Hoogezand - Sappemeer is met deze verschillende gebieden met nadrukkelijk elk hun eigen kenmerken en kwaliteiten compleet. De onderdelen van de structuur vullen elkaar aan en versterken elkaar Deze winkelgebieden zijn planologisch afgebakend in bestemmingsplannen ('kernafbakening').

Uit hoofdstuk 4 van de Beleidsnota volgt dat met de kernafbakening van winkelgebieden de detailhandel in Hoogezand – Sappemeer sterk wordt gehouden. Verschraving van het winkelaanbod wordt hiermee voorkomen. Dit komt ten goede aan de consument. De goede segmentering en zonering voorkomt leegstand in het winkelgebied. Dit draagt bij aan de leefbaarheid en het duurzaam ruimtegebruik. Hiermee is de noodzaak van het detailhandelsbeleid een gegeven.

Voorts worden de in het detailhandelsbeleid geformuleerde doelen met de planologische inpassing, samenhangend en coherent nagestreefd. De brancheringsregels zijn geschikt om de nagestreefde doelen te bereiken en evenredig. De brancheringsregels vormen een cruciaal onderdeel van de planologische verankering van de totale detailhandelsstructuur. Bij het loslaten van de brancheringsregeling wordt een proces in gang gezet van een toename van (structurele) leegstand. Uiteraard kan leegstand ook op andere manieren dan branchebeperkingen / territoriale afbakening te lijf worden gegaan. Winkeliers kunnen bijvoorbeeld op grond van subsidieregelingen worden gestimuleerd om zich op een bepaalde locatie te vestigen. Ook retailmanagement kan hieraan bijdragen, of het oprichten van fondsen of het aangaan van bepaalde publiek/private samenwerkingen. Dit laat echter onverlet, dat een planregeling het juiste en enige instrument is om een noodzakelijke ruimtelijke structuur te borgen. Er zijn in het kader van de evenredigheid dus wel andere maatregelen

mogelijk, maar deze zijn veel minder doelmatig dan een ruimtelijke planregeling en worden daarom vooral aanvullend op de planregelingen ingezet om leegstand tegen te gaan en de vitaliteit van de diverse winkelgebieden te behouden.

Het *Winkelpark* is planologisch afgebakend in het bestemmingsplan “Woongebieden”. Het Winkelpark valt onder de doeleindenomschrijving “detailhandel – winkelpark” (artikel 9) en is bestemd voor de hoofdfuncties woninginrichting, horeca en bouwmarkten en tuinrichtingsbedrijven (artikel 9.1a-c). In artikel 9.5 zijn binnenplanse flexibiliteitsbepalingen opgenomen. Er mogen zich binnen het bestemmingsvlak ook bedrijven vestigen die naar aard en invloed op de omgeving gelijk te stellen zijn met de toegelaten detailhandelsbedrijven en ook mag zich op de locatie met de aanduiding “specifieke vorm van detailhandel – woninginrichting” een bouwmarkt vestigen. Deze brancheringsregels gaan derhalve niet verder dan noodzakelijk. Ook is buitenplans afwijken op grond van het gemeentelijk beleid mogelijk. Als beleidsvoornemen ten aanzien van de kernwinkelgebieden geldt bijvoorbeeld dat in beginsel nieuwvestiging en uitbreiding van detailhandel is toegestaan, mits (in het geval van overaanbod) sprake is van een kwalitatieve verbetering. Ook dit voorkomt onaanvaardbare leegstand.

Dat uit de plantoelichting (paragraaf 6.3.9) volgt dat een dpo (distributieplanologisch onderzoek) van Droogh Trommelen & Partners is gebruikt ter onderbouwing van de planregeling wil overigens – anders dan wordt gesuggereerd door eiseressen – niet zeggen dat economisch wordt geordend. Een dpo geeft een beeld of sprake is van een overaanbod of een onderaanbod in een bepaalde markt. Bij een onderaanbod is het evident dat nieuwvestiging van detailhandel in die markt geen structurele leegstand elders veroorzaakt. Er is immers kwantitatieve behoefte (marktruimte). Bij een overaanbod is het gevaar van verdringing en de ruimtelijke effecten daarvan (zoals structurele leegstand) wegens het ontbreken van kwantitatieve behoefte eerder aanwezig. Vanuit de onderbouwing op grond van de ladder voor duurzame verstedelijking (artikel 3.1.6 lid 2 Bro) is reeds lang door de Afdeling geaccepteerd dat in dergelijke gevallen van overaanbod een kwalitatieve toevoeging van meters (retailers die een geheel eigen markt bedienen) alsnog kan worden toegestaan, indien in die gevallen per saldo sprake is van een kwantitatieve en kwalitatieve behoefte. Kortom: het is logisch dat bij ruimtelijke planning nog steeds gebruik wordt gemaakt van dpo's. Het is niet mogelijk om de nieuwvestiging van retailers in een planregeling alleen af te laten hangen van de vraag of er onderaanbod is. In dat geval is economisch ordenen wél aan de orde. Een dergelijke verboden planregel is echter in de bestemmingsregeling voor het Winkelpark niet te vinden.

Kort en goed is de in de bestemmingsplannen neergelegde detailhandelsstructuur van Hoogezand – Sappemeer nagestreefd vanuit dwingende redenen van algemeen belang (overweging 40 en artikel 4 punt 8 Dienstenrichtlijn), te weten de consumentenbescherming en de bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening. Meer concreet betreft het de versterking van de kernwinkelgebieden waardoor leegstand zoveel mogelijk wordt voorkomen en duurzaam ruimtegebruik stimuleert, hetgeen de leefbaarheid in Hoogezand – Sappemeer ten goede komt. Hiermee is de noodzaak van de detailhandelsstructuur gegeven. De planologische inpassing is systematisch, samenhangend en coherent. Niet in discussie is dat de regeling niet-discriminatoire is. De regeling, ook die specifiek voor het Winkelpark, is bovendien evenredig. De regeling gaat niet verder dan nodig; de nodige flexibiliteit is ingepast en daarnaast kan het nagestreefde doel niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt. Hiermee wordt voldaan aan artikel 15 van de Dienstenrichtlijn.

III. De aanvraag om een omgevingsvergunning op basis van een onherroepelijk bestemmingsplan

Eiseressen voeren aan dat het aan uw rechtbank is om te onderzoeken of de brancheringsregels in het bestemmingsplan gerechtvaardigd zijn. Dit dient te gebeuren aan de hand van nauwkeurige statistische gegevens of met andere middelen.

Uit de hierboven genoemde tussenuitspraak van 20 juni 2018 volgt dat de gevolgen van vestigingsmogelijkheden ter plaatse van het Winkelpark op de samenstelling van het winkelaanbod en de leegstand in de overige winkelgebieden aannemelijk moeten worden gemaakt. De geschiktheid van de branchering / de planologische verankering van een detailhandelsstructuur moet worden aangetoond met een analyse van de geschiktheid van de maatregel met specifieke gegevens. Dit legt in beginsel een zware onderzoekslast op het bevoegd gezag. Echter deze onderzoekslast is naar de mening van het college slechts aan de orde, wanneer een bestemmingsplan in procedure is of wordt gebracht, niet bij de beoordeling van een aanvraag omgevingsvergunning op basis van een onherroepelijk bestemmingsplan.

Eiseressen betogen dat het bevoegd gezag vanwege de vermeende strijd met artikel 15 van de Dienstenrichtlijn, actief de betreffende planregels onverbindend hadden moeten achten. Het college wijst in dit verband op de conclusie van staatsraad advocaat – generaal Widdershoven van 22 december 2017 (ECLI:NL:RVS:2017:3557). Uit deze conclusie kan worden afgeleid dat het in principe niet aan het bevoegd gezag is om actief een eigen algemeen verbindend voorschrift onverbindend te verklaren: dit is in een voorkomend geval aan de bestuursrechter. Indien een bestuursorgaan een discrepantie ontdekt in haar eigen algemeen verbindende voorschrift, dan ligt het volgens Widdershoven eerder op de weg van het bevoegd gezag om het voorschrift (in dit geval: het bestemmingsplan) te wijzigen of in te trekken dan om een dergelijk voorschrift buiten toepassing te laten (r.o. 5.7 en 5.8).

Het college heeft in de ingevolge artikel 3.2 lid 1b van het Mor onvoldoende onderbouwde aanvraag van RetailPlan geen aanleiding gezien om het bestemmingsplan partieel te wijzigen of in te trekken of om de omgevingsvergunning afwijking bestemmingsplan te verlenen. Immers maakt het Winkelpark Hoogezand onderdeel uit van de totale detailhandelsstructuur van Hoogezand – Sappemeer. De onderdelen van de structuur vullen elkaar aan en versterken elkaar. Eiseressen hebben – ondanks het uitdrukkelijke verzoek hiertoe van het college – niet met een deskundige rapportage aannemelijk gemaakt of onderbouwd dat de door hen gewenste brancheuitbreidingen op de betreffende locatie passen binnen de detailhandelsstructuur en geen structureel negatieve (leegstands)effecten veroorzaken op de andere winkelgebieden in Hoogezand – Sappemeer. Kort en goed is onderzoek nodig naar de effecten van de branches die nu nog niet planologisch zijn verankerd. Deze effecten moeten worden getoetst aan de randvoorwaarden voor het functioneren van de gehele winkelstructuur.

Ook de Raad heeft overigens op 20 december 2018 een verzoek van Visser tot wijziging van het bestemmingsplan Woongebieden afgewezen. Het betrof een verzoek om de in het bestemmingsplan opgenomen branchebepaling (artikel 9.1) voor “woninginrichting” en “bouwmarkt – tuincentrum” voor het Winkelpark Hoogezand op te heffen en “alle vormen van detailhandel” op de locatie van het Winkelpark mogelijk te maken. Ook bij dit verzoek, dat betrekking had op 25.000 m² wvo, was geen relevant onderzoeksrapport gevoegd.

Ook thans beschikt uw rechtbank over onvoldoende gegevens om de betreffende planregels onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten. Het is aan eiseressen om die gegevens aan te leveren. Dit wordt volgens het college bevestigd in de hiervoor onder I. genoemde uitspraak van de Afdeling van 24 oktober 2018. Hierin oordeelde de Afdeling, dat indien door een aanvrager van een omgevingsvergunning wordt betoogd dat de toepasselijke planregels onverbindend verklaard moeten worden of buiten toepassing moeten worden gelaten wegens strijd met artikel 15 van de Dienstenrichtlijn, *het op de weg van de aanvrager ligt om nader te onderbouwen waarom de planregels in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn*. De enkele stelling dat het bevoegd gezag onvoldoende zou hebben gemotiveerd waarom de in de planregels neergelegde eisen over perifere detailhandel geschikt zouden zijn om het beoogde doel te bewerkstelligen, moet voldoende worden concreetiseerd. Er is daarom volgens de Afdeling in het concrete geval geen aanleiding om de betreffende planregels onverbindend te achten.

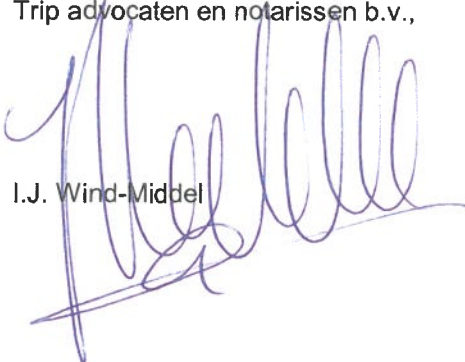
Eiseressen hebben als gezegd volledig nagelaten om met een deskundige rapportage te onderbouwen waarom de planregels in strijd zijn met de Dienstenrichtlijn danwel waarom het ruimtelijk aanvaardbaar is om de huidige branchering los te laten en reguliere detailhandel en een supermarkt toe te staan. Op grond hiervan hoefde het college niet zelf actief indringend onderzoek te doen, de planregels te wijzigen of medewerking te verlenen aan een omgevingsvergunning om af te wijken van het bestemmingsplan.

Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat de Raad wel aan Visser Vastgoed te kennen heeft gegeven dat wordt gewerkt aan een nieuw detailhandelsbeleid voor de gehele (nieuwe) gemeente Midden – Groningen. Dit beleid wordt naar alle waarschijnlijkheid in de zomer van 2019 door de Raad wordt vastgesteld. Aan Visser Vastgoed is in overweging gegeven om deel uit te gaan maken van de begeleidingscommissie.

IV. Slot

Gelet op het voorgaande verzoekt het college uw rechtbank het beroep ongegrond te verklaren.

Hoogachtend,
Trip advocaten en notarissen b.v.,



I.J. Wind-Middel