



18 februari 2016

**Bijlage bij inspraaknota R. van den Berg, voorzitter BTV Lammenschans Driehoek.
Voor Raadscommissie Werk en Middelen d.d. 18 februari 2016**

**Advies Mr. R.C. V. Mans uit Leiden inzake de voorstellen Retailvisie Leidse Regio
2025**

Als bestuur van de BTV Lammenschansdriehoek bieden wij de raadsleden van de Gemeenteraad in Leiden, en het college van B&W onderstaand advies ter lezing aan. Wij kunnen ons verenigen met dit advies.

Geacht bestuur,

Zoals besproken, ontvangt u bij dezen mijn visie op de rechtspositie van de BTV Lammenschansdriehoek en haar leden voor zover het gaat om de Retailvisie Leidse Regio 2025.

A. In dit advies ga ik uit van de volgende feiten en omstandigheden:

1. Het College van B en W van Leiden heeft de gemeenteraad voorgesteld de Retailvisie Leidse Regio vast te stellen.
2. De Retailvisie staat onder meer vermindering van het aantal vierkante meters aan/op PDV-locaties in de Leidse Regio voor. Daartoe dient (onder meer) de Lammenschansweg als PDV-locatie te verdwijnen, zodat er nog maar vier overblijven. De Retailvisie op pagina 45:
“Met het niet opnemen van de Lammenschansweg in de detailhandelsstructuur 2025 is een begin gemaakt met de saneringsopgave.”
3. De BTV Lammenschansdriehoek kan zich niet met dit beleid verenigen.
4. De Retailvisie is een beleidsnota en geen appellabel besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. Tegen de vaststelling daarvan door de gemeenteraad kan dan ook niet rechtstreeks bestuursrechtelijk (dat wil zeggen: bij de bestuursrechter) worden geprocedeerd. Wel kan daartegen civielrechtelijk (bij de burgerlijke rechter) worden geprocedeerd. Daarvoor is dan wel nodig dat de Retailvisie op een of andere wijze een onrechtmatige daad dan wel een wanprestatie vormt tegenover de BTV Lammenschansdriehoek en daardoor schade veroorzaakt.
5. De Retailvisie zal het uitgangspunt gaan vormen voor toekomstig beleid en toekomstige besluiten van de gemeente Leiden met betrekking tot detailhandel en dus ook met betrekking tot perifere detailhandel aan de Lammenschansweg. Daarbij moet vooral worden gedacht aan nieuwe bestemmingsplannen of beslissingen op aanvragen om een omgevingsvergunning. Daartegen kan wél bestuursrechtelijk worden geprocedeerd. Tijdens die procedures kan de rechter weliswaar indirect het beleid toetsen, dus ook de Retailvisie, dat aan dergelijke

- besluiten ten grondslag ligt, doch hij zal dat slechts zeer marginaal en terughoudend doen. De bestuursrechter mag immers niet (zomaar) op de stoel van het openbaar bestuur gaan zitten.
6. Vast staat dat de Lammenschansweg een door het openbaar bestuur erkende en legale PDV-locatie is, nu deze in het vigerende bestemmingsplan Lammenschansdriehoek als zodanig is bestemd. Ook in de Verordening Ruimte van de Provincie Zuid-Holland is de Lammenschansweg als PDV-locatie aangewezen.
 7. De rechtsvoorganger van de BTV Lammenschansdriehoek, de Ondernemersvereniging Lammenschansweg en Kanaalpark heeft begin 2013 bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State beroep ingesteld tegen de vigerende bestemmingsplannen 'De Leidse Schans' en 'Lammenschansdriehoek'.
 8. Om een zitting en een uitspraak te vermijden, heeft het college van B en W uw rechtsvoorganger benaderd om te bezien of buiten rechte een minnelijke regeling tot stand zou kunnen worden gebracht. Dat is gelukt dankzij de toezeggingen die het college van B en W bij brieven van 2 april 2013 en 13 mei 2013 aan uw rechtsvoorganger heeft gedaan.
 9. In de brief van 13 mei 2013 staat onder meer het volgende:
"Op 11 maart j.l. heeft u een brief aan het College van Burgemeester en Wethouders van Leiden gestuurd waarin u om nadere toelichting vroeg omtrent een aantal aspecten, op grond waarvan de ondernemersvereniging Lammenschansweg en Kanaalpark haar beroepschriften tegen de bestemmingsplannen De Leidse Schans en Lammenschansdriehoek mogelijk zou kunnen intrekken. In haar brief van 2 april heeft het College deze reactie aan u verstuurd. In uw brief van 18 april heeft u vervolgens aangegeven dat de ondernemersvereniging een verdere verduidelijking wenst te ontvangen, met name met betrekking tot het bij Holland Rijnland voorliggende concept toetsingskader bij aanvragen om de vestiging van detailhandel. Naar aanleiding van uw concrete vraag in de brief van 18 april jl. kan het College inderdaad bevestigen dat zij een positieve houding zal aannemen ten aanzien van het bovenbedoelde toetsingskader, en dat zij het toetsingskader zal gaan hanteren bij nieuwe aanvragen, zodra dat is vastgesteld door het dagelijks bestuur van Holland Rijnland. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat het concept toetsingskader weliswaar gericht is op een positieve omgang met betrekking tot de vestiging van benoemde detailhandel-initiatieven op perifere opvanglocaties (mits daarvoor geen geschikte locatie in de bestaande winkelcentra beschikbaar is), maar dat het College voor vergunning van dergelijke aanvragen afhankelijk blijft van een provinciale ontheffing van de Verordening Ruimte en in voorkomende gevallen ook van de afgifte van een zogenaamde 'verklaring van geen bedenkingen' van de gemeenteraad. Daarnaast benadruk ik graag dat de bovenbedoelde toezegging (onderstreping RMA) uitsluitend betrekking heeft op de detailhandelsvormen die in het, bij het dagelijks bestuur van Holland Rijnland voorliggende, concepttoetsingskader zijn opgenomen (...)."
 10. Vanwege deze toezeggingen heeft uw rechtsvoorganger de beroepen tegen de bestemmingsplannen ingetrokken.
 11. Hier is derhalve sprake van een overeenkomst tussen uw vereniging als rechtsopvolger van de Ondernemersvereniging Lammenschans en Kanaalpark, en het college van B en W als vertegenwoordiger van de gemeente. Die overeenkomst bestaat eruit dat uw rechtsvoorganger de beroepen heeft ingetrokken in ruil voor voldoende toezeggingen van de gemeente over het toekomstige beleid ten aanzien van de Lammenschansweg.
 12. Het concept-toetsingskader van Holland Rijnland ten aanzien van perifere detailhandel is vervolgens op 5 maart 2014 door een besluit van het dagelijks bestuur van Holland Rijnland in uw voordeel veranderd. Dit concept-toetsingskader, waaraan Holland Rijnland aanvragen voor de vestiging van detailhandel op PDV-locaties toetst en waarover Holland Rijnland vervolgens gemeenten adviseert, luidt sindsdien (onder meer) als volgt:
"(...) 2.1. Het toelaten van winkels kleiner dan 1000 m2 bvo binnen het thema woninginrichting is ter beslissing aan de gemeente met een PDV-locatie. (...) 2.3. Positief zal worden geadviseerd over vestiging op PDV-locaties van de volgende winkels, groter dan 1000 m2 bvo

en in branches die niet staan vermeld in artikel 2.1.4, lid 3, van de Provinciale Verordening Ruimte:

- Sport en spel (buitensport, ruitersport en hengelsport);
- Hobby (grote muziekinstrumenten);
- Bruin- en witgoed (radio en tv, wasmachines, drogers e.d.) (...)"

13. Vanwege de toezegging van het College in zijn brief van 13 mei 2013 dient het college zich voortaan bij de toetsing van aanvragen voor de vestiging van detailhandel aan dit toetsingskader van Holland Rijnland te houden.
14. Dat dit toetsingskader ruimer is dan de toets die de PZH in de thans geldende Verordening Ruimte 2014 voor de vestiging van perifere detailhandel hanteert, doet hier niets aan af. Dit om de volgende redenen.
15. In de Verordening Ruimte 2014 staat in artikel 2.1.4, derde lid, aanhef en onderdeel a, het volgende:
"Uitzonderingen buiten de centra: Het eerste lid¹ is niet van toepassing op een bestemmingsplan dat voorziet in de volgende nieuwe detailhandel: detailhandel in auto's, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buitenspeelapparatuur, fitnessapparatuur, piano's, surfplanken, tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen en brand- en explosiegevaarlijke goederen."
Dit is (in uitgebreide vorm) de bekende bepaling waarbij handel in abc-goederen op erkende perifere detailhandel-locaties mogelijk wordt gemaakt ondanks het verbod op de vestiging van detailhandel buiten bestaande of nieuwe winkelconcentraties.
16. Het toetsingskader van Holland Rijnland gaat dus verder dan hetgeen de PZH toelaat, maar de PZH hoeft zich daar *in beginsel* niets aan gelegen te laten. De PZH past namelijk gewoon de Verordening Ruimte toe bij beslissingen om handhavend tegen een gemeente op te treden dan wel ontheffingen van de Verordening Ruimte te verlenen. Het toetsingskader van Holland Rijnland wordt gehanteerd bij de advisering over grootschalige PDV-initiatieven, waarvoor een omgevingsvergunning en in voorkomende gevallen ook een ontheffing van de Verordening Ruimte dient te worden aangevraagd. Gemeenten en de PZH kunnen adviezen (van het regionaal overlegorgaan) van Holland Rijnland terzijde schuiven, nu zij de beslissingsbevoegde organen zijn en niet (het reo) van Holland Rijnland.
17. Echter, er is sprake van twee nieuwe ontwikkelingen, waardoor de Verordening Ruimte voor zover het om perifere detailhandel gaat, geheel op losse schroeven is komen te staan.
18. Allereerst is in recente rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (zie met name de uitspraak van 13 januari 2016 ECLI:NL:RVS:2016:75) de vraag opgeworpen of beperking van perifere detailhandel op PDV-locaties, zoals thans in bestemmingsplannen en verordeningen van de Provincie geschiedt, wel mogelijk is gelet op Europese regelgeving. Komen deze beperkingen niet in strijd met de Dienstenrichtlijn en met het recht op vrije vestiging als bedoeld in artikel 49 van het Verdrag inzake de werking van de Europese Unie? In dit kader heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie in Luxemburg. De antwoorden op die vragen zijn nog niet bekend. Echter, die antwoorden zullen van zeer groot belang zijn voor het toekomstige (perifere) detailhandelsbeleid van gemeenten en provincies.
19. Ten tweede, in verband hiermee, heeft de Minister van I en M bij Koninklijk Besluit van 21 november 2015 artikel 2.1.4, derde lid, aanhef en onder a, van de Verordening Ruimte 2014 (zie punt 15 voor de tekst) van de PZH geschorst, vanwege de mogelijke strijd daarvan met genoemde Europese regelgeving, maar ook met de Wet ruimtelijke ordening zelf. De beperkingen die de PZH oplegt als het om de vestiging van nieuwe perifere detailhandel gaat, lijken namelijk niet te voldoen aan het criterium van een goede ruimtelijke ordening. De

¹ Daarin is bepaald dat nieuwe detailhandel door gemeenten alleen mag worden toegestaan binnen bestaande winkelconcentraties in de centra, of in nieuwe winkelconcentraties in nieuwe woonwijken of bij herallocatie.

minister heeft daarbij ook een voorziening getroffen die luidt dat buiten de winkelconcentraties vestiging van nieuwe detailhandel mag worden toegestaan als het betreft:

“detailhandel in auto’s, boten, caravans, motoren, scooters, zwembaden, buitenspeelapparatuur, fitnessapparatuur, piano’s, surfplanken, tenten, grove bouwmaterialen, landbouwwerktuigen en brand- en explosiegevaarlijke goederen en detailhandel dat zich uit een oogpunt van ruimtelijke ordening niet onderscheidt van de hiervoor genoemde detailhandel.”(onderstreping RMA)

20. De Minister onderzoekt nu of bepaling 2.1.4, derde lid, aanhef en onder a, van de Verordening Ruimte 2014 niet alleen geschorst, maar ook vernietigd moet worden.
21. Een en ander brengt hoe dan ook met zich dat er momenteel veel meer perifere detailhandeliniciatieven mogelijk zijn aan de Lammenschansweg dan eerder het geval was. Niet alleen is het toetsingskader van Holland Rijnland verruimd en heeft de gemeente toegezegd daarnaar te zullen handelen, maar óók zijn (vooralsnog, maar mogelijk binnenkort definitief) de beperkingen weggevallen die de Verordening Ruimte oplegt als het gaat om perifere detailhandel.
22. De Ontwikkelstrategie Lammenschansdriehoek uit december 2012 wordt, met inachtneming van de toezeggingen die zijn gedaan, breed gedragen door de BTV Lammenschansdriehoek. De huidige ondernemers en eigenaren aan de Lammenschansweg willen graag investeren om van de Lammenschansdriehoek een mooi gemengd gebied te maken, waarin zowel wordt gewoond, perifere detailhandel plaatsvindt als ruimte is voor andere functies.
23. Van belang is verder dat er op dit moment geen winkelleegstand is of dreigt aan de Lammenschansweg, anders dan ten onrechte wordt gesuggereerd in de Retailvisie. Deze PDV-locatie is dus niet alleen bewezen levensvatbaar, maar zal dat door de geschetste nieuwe ontwikkelingen nog meer worden dan al het geval is.
24. Ten slotte is er de relevante omstandigheid dat het college meewerkt aan de verplaatsing van de Praxis aan de Zoeterwoudseweg naar de Lammenschansweg, ondanks het feit dat het college de Retailvisie onderschrijft en dus vindt dat de Lammenschansweg als PDV-locatie moet verdwijnen.

B. Wat levert een juridische vertaalslag van deze feiten en omstandigheden nu op? Welke argumenten zijn aan te voeren tegen vaststelling van de Retailvisie in deze vorm? Ik geef daarop de volgende antwoorden.

25. Allereerst houdt het college zich niet aan de toezeggingen die het in 2013 aan uw vereniging heeft gedaan. De minnelijke regeling die heeft geleid tot de intrekking van de beroepen destijds vormt een overeenkomst. Indien de gemeente zich daaraan niet houdt door van beleid te veranderen, pleegt het wanprestatie. Ook is het uit een oogpunt van rechtszekerheid onrechtmatig wanneer toezeggingen die zijn gedaan door een daartoe bevoegd bestuursorgaan niet worden nageleefd. Mocht(en) (de leden van) de BTV Lammenschansdriehoek schade lijden door de beleidswijziging dan is die mogelijk te verhalen door een vordering in te stellen op basis van wanprestatie en/of onrechtmatige daad.
26. Ik teken aan dat een bestuursorgaan volgens vaste rechtspraak altijd van beleid mag veranderen, doch dat een dergelijke beleidswijziging onrechtmatig kan zijn bijvoorbeeld als 1) die beleidswijziging niet zorgvuldig plaatsvindt en niet zorgvuldig wordt geïntroduceerd althans bekendgemaakt en/of 2) als geen juiste belangenafweging heeft plaatsgevonden en 3) als niet is voorzien in een overgangsregeling. Naar mijn mening – en dat is een tweede argument - is deze beleidswijziging onrechtmatig tegenover de BTV Lammenschansdriehoek nu in de Retailvisie geen rekening is gehouden met de (consequenties van de) toezeggingen die aan de BTV Lammenschansdriehoek zijn gedaan (als rechtsopvolger van de OV Lammenschans en Kanaalpark) noch met alle recente ontwikkelingen binnen het openbaar

- bestuur en de rechtspraak ten aanzien van perifere detailhandel die ik hiervoor heb geschetst. De beleidswijziging komt niet zorgvuldig tot stand en er vindt geen juiste belangenafweging plaats als de gemeenteraad het voorstel van het college volgt en de Retailvisie zo vaststelt.
27. Ten derde is, anders dan in de Retailvisie wordt beweerd, de levensvatbaarheid van de Lammenschansweg als PDV-locatie juist vergroot. Niet alleen door de toezeggingen van de gemeente, maar ook door bedoelde ontwikkelingen binnen het openbaar bestuur en de rechtspraak. In dit opzicht heeft het college zich ook niet voldoende op de hoogte gesteld van alle relevante feiten en omstandigheden.
28. Ten vierde valt niet uit te leggen, simpelweg omdat het onbegrijpelijk is, waarom het college enerzijds aanstuurt op sanering van de Lammenschansweg als het om perifere detailhandel gaat en anderzijds meewerkt aan een verhuizing van de Praxis van de Zoeterwoudseweg naar de Lammenschansweg. Kan de gemeenteraad dit aan de exploitant van de Gamma uitleggen? Of aan de eigenaar van het pand waarin de Gamma is gevestigd? Het lijkt mij niet. Hoe kan de Lammenschansweg wel levensvatbaar zijn voor de Praxis, maar niet voor de Gamma? Ook meen ik dat hier het gelijkheidsbeginsel stevig in het gedrang komt.
29. Ten vijfde wijs ik erop dat de tekst van het raadsvoorstel wat toonzetting en inhoud betreft afwijkt van de tekst van de Retailvisie. Het raadsvoorstel bevat veel verzachtende teksten. Zie bijvoorbeeld pagina 4: de “ondernemer” aan de Lammenschansweg wordt niet “verboden”, maar “de overheid staat open voor functieverandering van het pand bij een gekozen verhuizing of bij (langdurige) leegstand (indien gewenst).” Heeft het college het hier dus alleen over herbestemmen als daartoe aanleiding is? Dat is echt heel andere taal dan in de Retailvisie wordt gebezigd en waarvan het college wil dat die wordt vastgesteld door de raad. Illustratief zijn de termen die op pagina 45 van de Retailvisie worden gehanteerd. Op deze pagina wordt gerept van “saneren” en “saneringsopgave”. Dat zou dan kunnen via “herbestemmen” of “transformatie”. Herbestedemmen zou zijn: het geven van een nieuwe functie aan het pand. Transformatie zou niet alleen een functiewijziging inhouden, maar ook een verbouwing. In mijn ogen roept dit heel veel vragen op. Is herbestedemmen niet gewoon hetzelfde als wegbestedemmen als een nieuwe functie aan een pand wordt gegeven? En wat is het verschil tussen herbestedemmen en transformeren nou precies? En hoe zit het met het overgangsrecht? Bij saneren denk ik vooral aan wegbestedemmen door een nieuwe bestemming toe te kennen aan een perceel of pand. Bij transformeren denk ik aan herbestedemmen én verbouwen in overleg met de eigenaar. Wegbestedemmen kan leiden tot enorme schade bij ondernemers, die ineens hun bedrijven niet meer kunnen verkopen. Dus de prangende vraag ligt voor: kan het college de raad verzekeren dat niet zal worden wegbestedemd, maar dat alleen zal worden meegewerkt aan transformatie (herbestedemmen en verbouwing) op initiatief van de eigenaren en winkeliers zelf? Ik raad het bestuur aan ook hier aandacht voor te vragen bij de Raad.

C. Wat betekent een en ander voor uw rechtspositie althans uw mogelijkheden in rechte?

30. Als ondernemers aan de Lammenschansweg schade lijden door vaststelling van de Retailvisie kunnen zij een actie uit onrechtmatige daad en/of wanprestatie instellen bij de civiele rechter (kort geding bij spoedeisend belang dan wel een bodemprocedure).
31. Ondernemers kunnen verder bestuursrechtelijke rechtsmiddelen aanwenden tegen bestemmingsplannen of besluiten op vergunningaanvragen, die zijn onderbouwd met dit nieuwe beleid en in de procedure wijzen op de onrechtmatigheid van dat beleid (zienswijzen, bezwaar, beroep, hoger beroep, verzoek om voorlopige voorziening).
32. Wordt de onrechtmatigheid van deze plannen of besluiten door de bestuursrechter vastgesteld en is daaruit schade voortgevloeid, dan kan die worden verhaald op de gemeente.
33. Als ondernemers schade lijden door uitvoering van de Retailvisie in nieuwe bestemmingsplannen of besluiten omtrent verlening van een omgevingsvergunning, die in

rechte overeind blijven, dan komen zij mogelijk in aanmerking voor een planschadevergoeding.

D. Wat zou het gemeentebestuur in mijn ogen moeten doen teneinde een hoogoplopend conflict en schade bij beide partijen te voorkomen?

34. Naar mijn mening kan de gemeenteraad de Retailvisie niet met goed fatsoen vaststellen, althans niet voor zover het de toekomst van perifere detailhandel aan de Lammenschansweg betreft, zolang niet duidelijk is hoe het afloopt met de Verordening Ruimte (gaat de Minister tot vernietiging over van de bepaling over ABC-goederen?) en hoe de vragen worden beantwoord die de Raad van State aan het Hof van Justitie heeft gesteld.
35. Ook dient het college de gemeenteraad volledig in te lichten over de toezeggingen die in 2013 zijn gedaan aan de BTV Lammenschansdriehoek en de consequenties die dit dient te hebben, alvorens een besluit wordt genomen over het al dan niet vaststellen van de Retailvisie voor zover het om de Lammenschansweg gaat. Die toezeggingen dienen gestand te worden gedaan, zoals het een behoorlijk opererend bestuursorgaan betaamt.
36. Hoe dan ook kan in mijn ogen op dit moment geen ander redelijk en rechtmatig beleid voor de Lammenschansweg worden vastgesteld, tenzij in (de vaststelling van) de Retailvisie wordt opgenomen dat ten aanzien van de Lammenschansweg de Ontwikkelstrategie Lammenschansdriehoek uit 2012 volledig zal worden nageleefd, met;
 - a. inachtneming van de toezeggingen van het gemeentebestuur uit 2013;
 - b. inachtneming van de antwoorden die het Hof van Justitie de Raad van State zal geven;
 - c. inachtneming van de wijze waarop het afloopt met de Verordening Ruimte voor zover die perifere detailhandel betreft;
 - d. de toezegging dat nooit een nieuwe bestemming aan een perceel zal worden gegeven zonder dat daarover tevoren overeenstemming met alle 'stakeholders' (eigenaren en exploitanten) is bereikt;
 - e. de toezegging dat bestemmingsplannen die zijn gebaseerd op de Retailvisie en de Ontwikkelstrategie altijd zullen voorzien in een overgangsrecht dat verkoop van bestaande, legaal gevestigde bedrijven aan de Lammenschansweg mogelijk maakt.

mr. R.C.V. Mans, juridisch adviseur