

# Artikel

## Heroverweging van het evidentie criterium

### Het plaatje compleet

Jan van den Oord\*

### 1 Inleiding

6

Het evidentie criterium is in de rechtspraak ontwikkeld om te voorkomen dat een onherroepelijke bestemmingsplanregel nogmaals aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen die wordt gehanteerd bij de beoordeling in een beroepsprocedure tegen een vastgesteld bestemmingsplan. Het evidentie criterium wordt toegepast in procedures die gericht zijn tegen een besluit gebaseerd op de desbetreffende bestemmingsplanregel, waarin wordt aangevoerd dat de bestemmingsplanregel waarop het besluit gebaseerd is in strijd is met een hogere rechtsnorm. De bestemmingsplanregel wordt slechts onverbindend geacht of buiten toepassing gelaten op het moment dat deze *evident* in strijd is met de hogere regeling of rechtsnorm. Hiervoor is het noodzakelijk dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor toetsing daaraan bij wijze van exceptie leent. Een bestemmingsplanregel is alleen evident in strijd met een hogere rechtsnorm als de rechter zonder nader onderzoek kan vaststellen dat er sprake is van strijd met een hogere rechtsnorm.<sup>1</sup>

Naar aanleiding van het gebruik van het evidentie criterium bij een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte vraagt de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State op 6 december 2022 aan A-G Nijmeijer om een conclusie over het gebruik van het

evidentie criterium bij de exceptieve toetsing van bestemmingsplannen met verbrede reikwijdte met een vooruitziende blik naar de toekomstige toepassing bij omgevingsplannen, waarbij rekening dient te worden gehouden met verschillende factoren.<sup>2</sup>

De conclusie van Nijmeijer komt erop neer dat het gebruik van planregels die verwijzen naar beleidsregels in een bestemmingsplan met verbrede reikwijdte niet zou moeten leiden tot het loslaten van het evidentie criterium.<sup>3</sup> Volgens Nijmeijer kan het evidentie criterium gehandhaafd blijven voor bestemmingsplanregels, zolang die verwijzen naar beleidsregels waarbij een mogelijkheid voor rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden. Bestemmingsplanregels die verwijzen naar beleidsregels die na vaststelling van het bestemmingsplan zijn gewijzigd, dienen bij de rechter aan dezelfde toetsingsmaatstaf te worden onderworpen als die wordt gehanteerd bij een vernietigingsberoep.<sup>4</sup>

De Afdeling bestuursrechtpraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) ging echter niet mee in bovenstaande redenering. In de einduitspraak schrijft de Afdeling dat 'toetsing van een planregel in een beroep tegen een bestemmingsplan, en de exceptieve toetsing van beleid bij een besluit waarin toepassing aan dat beleid is gegeven' los van elkaar staan.<sup>5</sup> De Afdeling is daardoor van mening dat de inhoud van een beleidsregel niet bepalend is voor het antwoord op de vraag hoe

\* Mr. J. van den Oord is advocaat bij Pels Rijcken. Het artikel is een bewerking van zijn afstudeerscriptie.

1 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.3.

2 Afdeling Bestuursrechtpraak vraagt conclusie over toetsing omgevingsplan in vergunningsprocedure, raadvanstate.nl/actueel 6 december 2022.

3 Concl. A-G A.G.A. Nijmeijer 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, par. 8.8 en 8.9.

4 Concl. A-G A.G.A. Nijmeijer 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, par. 8.16, 8.18 en 10.

5 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380, r.o. 6.4.5.

indringend een planregel exceptief moet worden getoetst. Zij concludeert dan ook dat er geen aanleiding bestaat om het evidentie criterium los te laten bij de exceptieve toetsing van een planregel waarin wordt verwezen naar een beleidsregel die pas na de vaststelling van het plan bekend is gemaakt of daarna is gewijzigd. Oftewel, de conclusie van A-G Nijmeijer wordt daarin niet gevolgd.<sup>6</sup>

Een belangrijke reden voor het verzoek om een conclusie van de voorzitter van de Afdeling was om te bepalen of het gebruik van het evidentie criterium moet worden doorgezet wanneer de Omgevingswet in werking zou treden. Dit zou dan ook een opportuun moment zijn geweest om het evidentie criterium niet alleen op een praktische manier te bekijken, maar ook vanuit een breder perspectief. Naar mijn mening ontbreken er twee punten die onontbeerlijk zijn voor een uitputtende beoordeling van de wenselijkheid van het toepassen van het evidentie criterium. Ten eerste, het feit dat het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) in enkele uitspraken een geheel andere lijn lijkt te volgen ten aanzien van de mogelijkheid om in een later stadium een regel exceptief te toetsen. Ten tweede, de vraag hoe het evidentie criterium zich verhoudt tot het Unierecht, aangezien een aanzienlijk aantal van deze zaken over de doorwerking van Unierecht plegen te gaan en dit niet aan de orde wordt gesteld. Deze twee punten worden in deze bijdrage behandeld om aan te tonen dat het relevant is deze te betrekken bij de beoordeling van het evidentie criterium, zeker omdat het gebruik van het evidentie criterium door de Afdeling gehandhaafd blijft bij het exceptief toetsen van omgevingsplannen.

## 2 Het CBB

Ingevolge art. 4 van bijlage 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) kan tegen de daar genoemde besluiten, die voortvloeien uit de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet en die aangemerkt kunnen worden als algemeen verbindend voorschrift (avv), in eerste en enige aanleg beroep worden ingesteld bij het CBB.<sup>7</sup> Het CBB kan vervolgens in beroep de avv, waarop de voorschriften uit het besluit zijn gebaseerd, exceptief toetsen. Deze situatie is daardoor vergelijkbaar met de mogelijkheid om planvoorschriften uit een bestemmingsplan exceptief te toetsen in een procedure tegen een besluit dat is gebaseerd op die planvoorschriften, terwijl eerder rechtstreeks beroep tegen de planregels heeft opengestaan. Een dergelijk avv in het geval van de Elektriciteitswet is de Tarievenscode. Dit avv wordt vastgesteld door de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en schrijft voor hoe netbeheerders hun tarieven moeten berekenen voor de verschillende diensten die zij leveren.<sup>8</sup> Voordat de

ACM deze Tarievenscode vaststelde, werd dit gedaan door de directeur van de Dienst uitvoering en toezicht Elektriciteitswet. Op basis van de Tarievenscode stelde de directeur op 7 december 1999 in een besluit het Landelijk Uniform Producententransporttarief (LUP) vast.<sup>9</sup> Tegen dit besluit zijn meerdere elektriciteitsproducenten in beroep gegaan bij het CBB. Appellanten voerden aan dat het LUP niet vastgesteld had mogen worden omdat de Tarievenscode waarop het LUP gebaseerd is, onverbindend is.<sup>10</sup> De directeur gaf in die procedure te kennen van mening te zijn dat een exceptieve toets aan de Tarievenscode niet mogelijk was omdat de appellanten de mogelijkheid hadden gehad om rechtstreeks beroep in te stellen tegen de Tarievenscode. Hierover zei het CBB het volgende:

‘Het College deelt niet de opvatting van verweerder dat in een geval als dit een beoordeling van de verbindendheid van de Tarievenscode niet zou zijn toegestaan, reeds omdat appellante in de mogelijkheid heeft verkeerd om – in afwijking van artikel 8:2 van de Awb – tegen dit algemeen verbindend voorschrift beroep in te stellen.’<sup>11</sup>

Bovenstaande uitspraak is een voorbeeld, maar uit deze uitspraak en andere uitspraken van het CBB blijkt dat dit college geen obstakel ziet in een directe beroepsmogelijkheid voor een latere toetsing. In deze uitspraken was de beroepsmogelijkheid door de appellanten niet benut, maar had dit volgens het CBB geen gevolgen voor de mogelijkheden tot het kunnen inroepen van de onverbindendheid van de bestreden voorschriften.<sup>12</sup> Het CBB voert voor deze opvatting meerdere redenen aan:

‘Naar het oordeel van het College brengt de aard van het algemeen verbindend voorschrift, waaraan inherent is dat het geldt voor een reeks van gevallen en zich richt tot een open, in abstracto omschreven groep van personen, met zich dat de mogelijkheid tot het inroepen van de onverbindendheid ervan niet in de tijd is beperkt. Een andere opvatting zou er toe leiden dat (toekomstige) belanghebbenden, ook al weten zij nog niet of zij eerlang door een op het algemeen verbindend voorschrift gebaseerd concreterend besluit benadeeld zullen worden, genoodzaakt zijn reeds tegen het algemeen verbindend voorschrift, waarin de norm is neergelegd waarvan zodanig concreterend besluit de toepasselijkheid nader bepaalt, op te komen. Bovendien zou bedoelde opvatting kunnen leiden tot de weinig wenselijk lijkende situatie dat een onderscheid moet worden gemaakt in de behandeling van beroepen tegen concreterende besluiten die worden ingesteld door enerzijds hen die reeds ten tijde van de vaststelling van het algemeen verbindend voorschrift als belang-

6 ABRvS 6 september 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3380, r.o. 6.4.5.

7 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, par. 6.12.

8 Tarievenscode elektriciteit, acm.nl.

9 CBB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 1.

10 CBB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 3.

11 CBB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 5.

12 Zie bijv. CBB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299; CBB 2 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ0727; CBB 13 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:45.

hebbende hadden kunnen worden aangemerkt en anderzijds hen die pas in een later stadium deze status hebben verworven.<sup>13</sup>

Het CbB geeft dus twee redenen. Ten eerste is het CbB van mening dat een avv zich tot een open, in abstracto omschreven, groep van personen richt, waardoor de mogelijkheid tot het inroepen van de onverbindendheid niet kan worden beperkt in de tijd. Wanneer deze mogelijkheid wel wordt beperkt in de tijd, zou dit tot gevolg hebben dat toekomstige belanghebbenden moeten opkomen tegen een avv waarin een norm is neergelegd waarvan de belanghebbenden op dat moment nog niet weten of zij door een concretiserend besluit, dat is gebaseerd op de in het avv opgenomen norm, worden benadeeld. Ten tweede ziet het CbB dat een niet-wenselijke situatie zou ontstaan wanneer onderscheid moet worden gemaakt in de behandeling van beroepen tegen concretiserende besluiten door enerzijds zij die ten tijde van de vaststelling van het avv als belanghebbende konden worden aangemerkt en anderzijds zij die pas in een later stadium als belanghebbende konden worden aangemerkt.<sup>14</sup>

De benadering van het CbB wijkt daarmee af van die van de Afdeling, omdat het CbB de nadruk legt op het nadeel dat 'nieuwe' belanghebbenden zouden ondervinden als zij worden geconfronteerd met een avv waartegen geen bezwaar of beroep meer openstaat. Het CbB oordeelt dat een 'nieuwe' belanghebbende dezelfde mogelijkheid moet hebben om een exceptieve toets uit te laten voeren als zij die belanghebbende waren op het moment dat het avv werd vastgesteld. Dit leidt ertoe dat het niet uitmaakt of iemand vanaf de inwerkingtreding van het avv onder het desbetreffende voorschrift valt of pas later onderdeel wordt van de groep die gebonden is aan het voorschrift uit het avv. Voor beide personen geldt namelijk dat op het moment dat zij van mening zijn dat het voorschrift uit het avv in strijd is met een hogere rechtswet, zij – in het kader van een beroep tegen een op het avv gebaseerd besluit – het avv exceptief kunnen laten toetsen. De toetsingsintensiteit van het CbB wordt op de volgende wijze bepaald:

'Algemeen verbindende voorschriften, die geen wet in formele zin zijn, kunnen worden getoetst op rechtmatigheid, in het bijzonder op verenigbaarheid met hogere regelgeving. Daarnaast komt in de rechtspraak van de Raad, bijvoorbeeld in de uitspraak van 19 mei 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD2441, tot uitdrukking dat aan de inhoud of de wijze van totstandkoming van een algemeen verbindend voorschrift zodanig ernstige gebreken kunnen kleven dat dit voorschrift om die reden niet als grondslag kan dienen voor daarop in concrete gevallen te baseren beslissingen. Dit betekent dat aan de rechter de bevoegdheid toekomt te bezien of het betreffende algemeen verbindend voorschrift een voldoende

deugdelijke grondslag biedt voor het in geding betrokken besluit. Bij die, niet rechtstreekse, toetsing van het algemeen verbindende voorschrift vormen de algemene rechtsbeginselen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijk richtsnoer. De intensiteit van die beoordeling is afhankelijk van onder meer de beslissingsruimte die het vaststellend orgaan heeft, gelet op de aard en inhoud van de vaststellingsbevoegdheid en de daarbij te betrekken belangen. Die beoordeling kan materieel terughoudend zijn als de beslissingsruimte voortvloeit uit de feitelijke of technische complexiteit van de materie, dan wel als bij het nemen van de beslissing politiek-bestuurlijke afwegingen kunnen worden of zijn gemaakt. In dat laatste geval heeft de rechter niet de taak om de waarde of het maatschappelijk gewicht dat aan de betrokken belangen wordt toegekend naar eigen inzicht vast te stellen. Wat betreft de in acht te nemen belangen en de weging van die belangen geldt dat de beoordeling daarvan intensiever kan zijn naarmate het algemeen verbindend voorschrift meer ingrijpt in het leven van de belanghebbende(n) en daarbij fundamentele rechten aan de orde zijn.<sup>15</sup>

De toetsingsintensiteit bij een exceptieve toets van een avv is bij het CbB afhankelijk van de beslissingsruimte van het vaststellende orgaan, waarbij wordt gelet op meerdere factoren. De beoordeling kan intensiever worden wanneer er meer fundamentele rechten aan de orde zijn. Het CbB legt daarmee de nadruk op de rechtsbescherming van de belanghebbende.

## 2.1 Conclusie

De opvatting van het CbB verschilt, in een vergelijkbare situatie, wezenlijk van de opvatting van de Afdeling. De Afdeling benadrukt namelijk het belang van rechtszekerheid in haar overwegingen. Het evidentie criterium wordt door de Afdeling gehanteerd, ongeacht of degene die opkomt tegen het op het avv gebaseerde besluit de mogelijkheid heeft gehad om een direct beroep in te stellen tegen het bestemmingsplan. Bestemmingsplannen kunnen alleen in de procedure gericht tegen het vastgestelde plan zelf worden onderworpen aan een volle toets aan een hogere rechtswet door de bestuursrechter. Zodra het bestemmingsplan onherroepelijk is – en dus formele rechtskracht heeft gekregen –, kan een bestemmingsplanregel alleen onverbindend worden geoordeeld door een exceptieve toets indien de drempel van het evidentie criterium wordt genomen. In het geval dat een bestemmingsplanregel wel in strijd is, maar niet evident in strijd is met een hogere rechtswet wordt de belanghebbende hierdoor geconfronteerd met een onherroepelijk avv, waarbij het voor een toekomstige belanghebbende ook niet meer mogelijk is om een inhoudelijke toets met dezelfde toetsingsintensiteit als in een rechtstreeks beroep te krijgen. Tenzij een herzieningsverzoek wordt gedaan. De Afdeling kiest hiermee voor een zware nadruk op het belang van rechtszekerheid

13 CbB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 5.

14 CbB 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 5.

15 CbB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016, r.o. 7.5.1.

voor iedereen die, in de toekomst, binnen het plangebied wordt geraakt door de regels van het bestemmingsplan.

Omdat het CBb kiest voor een grotere nadruk op de rechtsbescherming voor belanghebbende, terwijl de Afdeling juist kiest voor de rechtszekerheid van derden, komt het mij – in het kader van de rechtseenheid – als wenselijk voor dat een dergelijk perspectief wordt meegenomen in de beoordeling van een dergelijke procedureregulering.

## 3 Verhouding tot het Unierecht

### 3.1 De Rewe-beginselen en de Diemen-uitspraak

De Afdeling heeft het evidentiecriteria al een keer getoetst aan het Unierecht, namelijk in de Diemen-uitspraak. De Afdeling introduceert het evidentiecriteria op de volgende wijze:

‘Uit vaste jurisprudentie van de Afdeling over deze exceptieve toets, onder meer kenbaar uit haar uitspraak van 27 december 2018 (ECLI:NL:RVS:2018:4266), volgt dat de mogelijkheid om in een procedure die is gericht tegen een besluit omtrent de verlening van een omgevingsvergunning, de gelding van de toepasselijke bestemmingsplanregeling aan de orde te stellen, niet zover strekt dat deze regeling aan dezelfde toetsingsmaatstaf wordt onderworpen als de toetsingsmaatstaf die wordt gehanteerd in het kader van de beoordeling van beroepen tegen een vastgesteld bestemmingsplan. In een procedure als deze waarin wordt aangevoerd dat de bestemmingsregeling in strijd is met een hogere regeling, dient de bestemmingsregeling slechts onverbindend te worden geacht of buiten toepassing te worden gelaten, indien de bestemmingsregeling evident in strijd is met de hogere regeling. Voor evidentie is onder meer vereist dat de hogere regelgeving zodanig concreet is dat deze zich voor toetsing daaraan bij wijze van exceptie leent.

De Afdeling hanteert bij de hier aan de orde zijnde toets dus het evidentiecriteria. Dit houdt in dit geval in dat alleen indien sprake is van evidente strijd met de Dienstenrichtlijn een planregel onverbindend wordt verklaard of buiten toepassing wordt gelaten.’<sup>16</sup>

In deze uitspraak van 19 februari 2020 gaat de Afdeling in op het exceptief toetsen van een bestemmingsplanregel aan de Dienstenrichtlijn in het kader van zowel de Rewe-beginselen als het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

De Afdeling schrijft het volgende:

‘De Dienstenrichtlijn bevat geen procedureregels die de rechter dient te hanteren wanneer hij toetst of nationale maatregelen in overeenstemming zijn met deze richtlijn. Bij gebreke aan Unierechtelijke procedurele voorschriften mogen de lidstaten volgens het beginsel van procedurele autonomie hun nationale procesrecht toepassen in zaken waarin het Unierecht geldend wordt gemaakt. Dergelijke nationale procedureregels moeten wel aan de voorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid voldoen (...). Deze voorwaarden houden in dat een nationale procedureregulering ter bescherming van de rechten die justitiabelen ontleen aan het Unierecht niet ongunstiger mag zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen (gelijkwaardigheidsbeginsel), en dat een procedureregulering de uitoefening van de door de Unie verleende rechten in de praktijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk mag maken (doeltreffendheidsbeginsel). Een procedureregulering moet verder voldoen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals thans in artikel 47 Handvest neergelegd (...). De rechter kan planregels daarom exceptief toetsen in geschillen waarin het Unierecht geldend wordt gemaakt, mits aan deze voorwaarden wordt voldaan.’<sup>17</sup>

De Afdeling merkt in de aangehaalde rechtsoverweging op dat de Dienstenrichtlijn geen procedureregels bevat om te toetsen of nationale maatregelen in overeenstemming zijn met de richtlijn. Het nationale recht dat wel van toepassing is, moet voldoen aan de Rewe-beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Daarnaast benoemt de Afdeling dat de nationale procedureregulering ook moet voldoen aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals neergelegd in art. 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: Handvest). De Afdeling oordeelde dat mits aan deze voorwaarden is voldaan, de rechter planregels exceptief kan toetsen aan het Unierecht.<sup>18</sup> Aan het gelijkwaardigheidsbeginsel wordt volgens de Afdeling voldaan omdat de bestemmingsplanregels op dezelfde wijze exceptief worden getoetst aan het Unierecht als aan hoger nationaal en internationaal recht.<sup>19</sup> Over het doeltreffendheidsvereiste wordt het volgende geschreven:

‘Bij het doeltreffendheidsbeginsel gaat het om de beoordeling of de nationale procedureregulering het een justitiabele niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt zijn of haar Unierechten te effectueren. Bij die beoordeling kan in aanmerking worden genomen de plaats van de betreffende procedureregulering in de procedure en het verloop en de bijzondere kenmerken daarvan. Ook kan rekening worden gehouden met de beginselen die aan de nationale procedureregulering ten grondslag liggen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel (...). Het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals in artikel 47

16 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.3.

17 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

18 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

19 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

Handvest gewaarborgd, vereisen voorts dat een justitiabele in ieder geval ergens in het proces een reële mogelijkheid heeft om zijn Unierechten te effectueren (...).<sup>20</sup>

Bij de beoordeling van een nationale procedureregulering moeten volgens de Afdeling de plaats van de betreffende procedureregulering in de procedure en het verloop en de bijzondere kenmerken daarvan in aanmerking worden genomen. In het geval van een bestemmingsplan is het appellabele karakter een bijzonder kenmerk evenals het feit dat exceptieve toetsing pas aan de orde is wanneer de gehele procedure is verlopen. Bovendien moet rekening worden gehouden met beginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel, die ten grondslag liggen aan de nationale procedureregulering. Ten slotte vereist zowel het doeltreffendheidsbeginsel als het beginsel van effectieve rechtsbescherming – zoals is vastgelegd in art. 47 Handvest – dat een justitiabele in ieder geval ergens in het proces een reële mogelijkheid heeft om zijn Unierechten te effectueren.<sup>21</sup>

‘Gelet op de appellabiliteit van het bestemmingsplan en de rechtszekerheid en belangen van derden is het gerechtvaardigd dat de rechter bij beroepen tegen besluiten over omgevingsvergunningen en over handhaving, de verbindendheid van bestemmingsplanregels slechts exceptief toetst op de wijze zoals hiervoor is weergegeven onder 5.3. De Afdeling acht het daarbij niet onmogelijk of uiterst moeilijk voor appellanten om hun rechten op grond van de Dienstenrichtlijn te effectueren, gelet op de hiervoor onder 5.2 en 5.3 weergegeven bewijslastverdeling.’<sup>22</sup>

De Afdeling concludeert ten slotte dat de exceptieve toetsing van bestemmingsplanregels met gebruik van het evidentie criterium voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming, en dat de nationale procedureregulering daarmee mag worden toegepast bij het uitvoeren van Unierecht.

Aan deze beoordeling door de Afdeling wordt door Nijmeijer in zijn conclusie en door de Afdeling in de daaropvolgende uitspraak niet meer getornd, hoewel er twee vragen onbeantwoord blijven. De eerste is de vraag hoe het Purmerend-arrest<sup>23</sup> gelezen moet worden, waarin het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) de toelaatbaarheid van het evidentie criterium heeft getoetst. De tweede vraag is of het evidentie criterium wel voldoet aan de vereisten die worden gesteld door het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals gecodificeerd in art. 47 Handvest. Hieronder bespreek ik de beide vragen.

### 3.2 Purmerend-arrest

Een eerste vraag die onbeantwoord blijft in de conclusie van Nijmeijer en de uitspraak van de Afdeling, is die

naar de invloed van het zogenoemde Purmerend-arrest. In dat arrest gaat het niet om een bestemmingsplanregel die aan een hogere norm wordt getoetst. Het draait in een handhavingsprocedure om een vergunningsvoorschrift dat in strijd was met een richtlijn, waardoor er in algemene zin vragen ontstonden omtrent de handhaafbaarheid van een vergunningsvoorschrift dat nooit gesteld had mogen worden, maar al wel onherroepelijk was geworden. De verwijzende rechter vraagt in dit arrest aan het Hof of het evidentie criterium in overeenstemming is met het Unierecht en in het bijzonder het doeltreffendheidsbeginsel. Het Hof toetst het evidentie criterium in dit arrest dan ook aan de Rewe-beginselen en doet dit op de volgende wijze. Het Hof begint in r.o. 68 met de introductie van het evidentie criterium en de rol die het speelt in de zaak, om daarna het gelijkwaardigheidsbeginsel uit te leggen in r.o. 69 en vervolgens in r.o. 70 te concluderen dat het evidentie criterium voldoet aan het gelijkwaardigheidsbeginsel omdat het geen onderscheid maakt tussen strijdigheid met hogere nationale rechtsnormen en strijdigheid met Unierechtelijke normen.<sup>24</sup>

De reden dat het Hof het evidentie criterium toetst, komt voort uit het feit dat de verwijzende rechter, oftewel de Afdeling, twijfelt over de overeenstemming van het evidentie criterium met het doeltreffendheidsbeginsel. Het Hof geeft aan dat in elk geval waar de vraag rijst of een nationale procedurele handeling de toepassing van Unierecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, dit onderzocht moet worden. In dit onderzoek moet rekening worden gehouden met de plaats van de bepaling in de procedure als geheel, maar ook met het verloop en de bijzondere kenmerken van die procedure bij de verschillende nationale instanties. Ook dient rekening te worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel ten grondslag liggen, zoals bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>25</sup>

‘In deze context blijkt uit de toelichting van de verwijzende rechter dat het evidentie criterium, dat een nationale procedurele regel is, er – doordat hij inhoudt dat een rechtzoekende als X slechts kan doen vaststellen dat een in een definitief besluit opgenomen voorschrift niet kan worden afgedwongen en bijgevolg slechts de vernietiging van dit voorschrift kan verkrijgen indien wordt aangetoond dat het betreffende voorschrift kennelijk in strijd is met het Unierecht – toe strekt een juist evenwicht te vinden tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van rechtmatigheid uit het oogpunt van het Unierecht, door in de regel met het oog op de bescherming van de rechtszekerheid een groter gewicht toe te kennen aan het feit dat het betreffende voorschrift definitief is, ook al wordt – onder strikte voorwaarden – toegestaan dat daarvan wordt afgeweken.

20 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

21 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

22 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520, r.o. 5.4.

23 HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398 (Purmerend).

24 HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398 (Purmerend), r.o. 69-70.

25 HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398 (Purmerend), r.o. 74.

Gelet op deze doelstelling moet worden geoordeeld dat het doeltreffendheidsbeginsel in principe niet in de weg staat aan een nationale procedurele regel als het evidentie criterium.<sup>26</sup>

Het Hof concludeert uit de context dat het evidentie criterium ertoe strekt om het juiste evenwicht te vinden tussen het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van rechtmatigheid, door – met het oog op de bescherming van de rechtszekerheid – een groter gewicht toe te kennen aan het feit dat het betreffende voorschrift definitief is, ook al wordt er onder strikte voorwaarden toegestaan dat daarvan wordt afgeweken. Gelet op deze doelstelling ziet het Hof dan ook geen reden om te oordelen dat het doeltreffendheidsbeginsel in de weg staat aan een nationale procedurereguleer zoals het evidentie criterium.<sup>27</sup> Het Hof plaatst hier echter wel een kanttekening bij:

‘Opdat wordt gewaarborgd dat die doelstelling daadwerkelijk wordt bereikt, mag dat criterium echter niet zodanig restrictief worden toegepast dat de voorwaarde van kennelijke strijdigheid met het Unierecht tot gevolg heeft dat de mogelijkheid voor een rechtzoekende als X om de daadwerkelijke nietigverklaring van het betreffende voorschrift te verkrijgen in feite louter fictief wordt.

Indien dit het geval zou zijn, zou het doeltreffendheidsbeginsel, dat – zoals in punt 69 van dit arrest in herinnering is gebracht – vereist dat een nationale procedurele regel de toepassing van het Unierecht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, immers duidelijk niet in acht zijn genomen.’<sup>28</sup>

Het Hof zegt met deze kanttekening dat het evidentie criterium voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel zolang er een reële mogelijkheid is om ook echt een nietigverklaring te verkrijgen wanneer er sprake is van strijd met een hogere rechtsnorm.

- *Jurisprudentieonderzoek*

Om de waarde van deze woorden van het Hof te bepalen is een jurisprudentieonderzoek uitgevoerd. Omdat de focus hier ligt op de doorwerking van het Unierecht is enkel gezocht naar de toepassing van het evidentie criterium bij het exceptief toetsen van bestemmingsplanregels aan de Dienstenrichtlijn. De combinatie van de zoektermen ‘evidentie criterium’ en ‘Dienstenrichtlijn’ levert 35 resultaten op, waarvan 12 bij de verschillende rechtbanken en 23 bij de Afdeling. Bij vijf van de uitspraken bij de bestuursrechter van een rechtbank was er sprake van een exceptieve toets waarbij het evidentie criterium, zoals bedoeld in dit artikel, werd toegepast.<sup>29</sup>

26 HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398 (Purmerend), r.o. 75-76.

27 HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398 (Purmerend), r.o. 75-76.

28 HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398 (Purmerend), r.o. 77-78.

29 Zie Rb. Noord-Holland 23 november 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9791; Rb. Limburg 28 december 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:10419; Rb. Noord-Ne-

Bij de uitspraken van de Afdeling werd in 17 van de 23 uitspraken het evidentie criterium toegepast.<sup>30</sup> Hoewel in de Afdelingsuitspraak van 6 september 2023 een evidente schending van het rechtszekerheidsbeginsel wordt aangenomen, geldt dat binnen de bovengenoemde zoekopdracht, voor zowel de uitspraken van de Afdeling als die van de bestuursrechters, geen enkel beroep heeft geleid tot een evidente strijd met de Dienstenrichtlijn en daarmee tot het onverbindend verklaren van de bestreden bestemmingsplanregel.

Het Hof stelt dat het evidentie criterium niet dermate restrictief mag worden toegepast dat het voor een rechter feitelijk onmogelijk wordt om daadwerkelijk een bestemmingsplanregel onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten. Dit lijkt echter wel het geval. De mogelijkheid om in rechte op te komen tegen een bestemmingsplanregel bestaat en het is in theorie mogelijk om deze planregel dan ook onverbindend te laten verklaren of buiten toepassing te laten plaatsen. In de praktijk lijkt het echter dat tot op heden geen enkele exceptieve toetsing van een bestemmingsplanregel aan de Dienstenrichtlijn met gebruik van het evidentie criterium ertoe heeft geleid dat de bestuursrechter de bestreden planregel onverbindend heeft verklaard of buiten toepassing heeft gelaten. Hierdoor kan voorzichtig worden geconcludeerd dat de toetsing daarmee dermate restrictief wordt toegepast dat een onverbindendverklaring of het buiten toepassing laten van een bestemmingsplanregel lijkt te zijn gereduceerd tot louter een fictie. De toepassing van het evidentie criterium bij de Dienstenrichtlijn lijkt hiermee op gespannen voet te staan met het doeltreffendheidsbeginsel, althans de noodzaak om te bewijzen dat er geen sprake is van een overmatig restrictieve toepassing wordt groter.

- *Rule-of-reason-toetsing*

Het is mogelijk om een overtreding van het doeltreffendheidsbeginsel te rechtvaardigen. De ‘procedurele rule of reason’ is bedoeld om een overtreding van het doeltreffendheidsbeginsel af te wegen tegen te vergaande en onredelijke inbreuken op de procedurele autonomie van de lidstaten.<sup>31</sup> Het Hof stelt in de arresten Van Schijndel en Peterbroek dat:

derland 22 december 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:5630; Rb. Zeeland-West-Brabant 5 januari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:103; Rb. Midden-Nederland 17 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:627.

30 Zie ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520; ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:616; ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:595; ABRvS 25 maart 2020, ECLI:NL:RVS:2020:873; ABRvS 22 juli 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1751; ABRvS 14 oktober 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2442; ABRvS 2 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2864; ABRvS 24 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:360; ABRvS 3 maart 2021, ECLI:NL:RVS:2021:457; ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1474; ABRvS 28 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1677; ABRvS 8 september 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2010; ABRvS 6 oktober 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2228; ABRvS 24 november 2021, ECLI:NL:RVS:2021:2648; ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1213; ABRvS 15 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1020; ABRvS 2 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:2949.

31 S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 54.

‘wanneer de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, dat moet worden onderzocht. De plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, [moet] voor de verschillende nationale instanties in aanmerking genomen (...) worden. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure.’<sup>32</sup>

In de Diemen-uitspraak wordt deze benadering op de volgende wijze door de Afdeling toegepast:

‘Gelet op de appellabiliteit van het bestemmingsplan en de rechtszekerheid en belangen van derden is het gerechtvaardigd dat de rechter bij beroepen tegen besluiten over omgevingsvergunningen en over handhaving, de verbindendheid van bestemmingsplanregels slechts exceptief toetst op de wijze zoals hiervoor is weergegeven onder 5.3. De Afdeling acht het daarbij niet onmogelijk of uiterst moeilijk voor appellanten om hun rechten op grond van de Dienstenrichtlijn te effectueren, gelet op de hiervoor onder 5.2 en 5.3 weergegeven bewijslastverdeling.’<sup>33</sup>

De Afdeling is derhalve van oordeel dat het evidentie criterium door deze reden voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel en het niet onmogelijk of uiterst moeilijk maakt voor appellanten om hun rechten te effectueren. Ook het Hof stelt dat het gebruik van het evidentie criterium is toegestaan aan de hand van de ‘procedurele rule of reason’-afwegingsmethode.

- *Conclusie*

Een beperking van het doeltreffendheidsbeginsel zou met het gebruik van de ‘procedurele rule of reason’-afwegingsmethode in theorie kunnen worden gerechtvaardigd. De appellabiliteit van het bestemmingsplan en de plaats in de procedure zorgen ervoor dat er een mogelijkheid was voor belanghebbenden om het bestemmingsplan volledig te laten toetsen. Bovendien behoort het rechtszekerheidsbeginsel tot de erkende algemene beginselen van het Unierecht.<sup>34</sup> Uit het korte jurisprudentieonderzoek lijkt naar voren te komen dat de feitelijke toepassing van het evidentie criterium niet voldoet aan de voorwaarde die het Hof stelt, namelijk te voorkomen dat voldoen aan het evidentie criterium louter een fictie wordt. Dit leidt tot de verdedigbare conclusie dat het evidentie criterium in theorie voldoet aan het doeltreffendheidsbeginsel, maar door de restrictieve

toepassing in de praktijk een potentiële schending van het doeltreffendheidsbeginsel lijkt op te leveren.

### 3.3 Art. 47 Handvest

Een tweede vraag die naar voren komt na lezing van de conclusie van Nijmeijer en de uitspraak van de Afdeling over het evidentie criterium, ziet op de invloed van art. 47 Handvest. Dat artikel is gebaseerd op de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en art. 6 en 13 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).<sup>35</sup> Zowel de reikwijdte als de werking van het beginsel van rechtsbescherming van art. 47 Handvest kan worden beperkt. Art. 51, eerste lid, Handvest bepaalt namelijk dat burgers in Uniestaten zich alleen op het Handvest kunnen beroepen wanneer het gaat om een handeling van een lidstaat die Unierecht ‘implementeert’. Art. 52, eerste lid, Handvest bepaalt bovendien dat een beperking van de werking van het beginsel moet voldoen aan de aldaar genoemde eisen. De beperking moet bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van het beperkte recht eerbiedigen. Bovendien kan een beperking slechts worden gesteld indien deze noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

- *Food Standards Agency*

Het Food Standards Agency-arrest is volgens Widdershoven in zijn annotatie bij dit arrest om drie redenen van belang. Ten eerste illustreert het arrest het toenemende belang van het Handvest en in het bijzonder van art. 47 Handvest in de rechtspraak van het Hof. Ten tweede past het bij de ontwikkeling in de rechtspraak van het Hof om de toelaatbaarheid van nationale procedureregels te toetsen aan art. 47 Handvest in plaats van aan het Rewe-beginsel van doeltreffendheid. Ten derde vertelt het Hof in dit arrest welke factoren van belang zijn om te bepalen hoe indringend de nationale rechter besluiten op grond van art. 47 Handvest moet toetsen.<sup>36</sup>

In de uitspraak verwijst het Hof naar het Sacko-arrest voor de factoren aan de hand waarvan bepaald moet worden wat de toetsingsintensiteit zou moeten zijn om art. 47 Handvest te eerbiedigen. De toetsingsintensiteit moet worden bepaald aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval, met name de aard van de handeling in kwestie, de context van de vaststelling ervan en de rechtsregels die de betrokken materie regelen.<sup>37</sup> Deze factoren moeten aan de hand van de overeenkomstige criteria van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) worden uitgelegd. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM om te beoordelen of de nationale rechterlijke instanties in een bepaald

32 HvJ EU 14 december 1995, C-312/93, ECLI:EU:C:1995:437 (Peterbroeck), r.o. 14; HvJ EU 14 december 1995, C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441 (Van Schijndel), r.o. 19.

33 ABRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520 (Diemen), r.o. 5.4.

34 Zie HvJ EU 20 mei 2021, C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398 (Purmerend), r.o. 74, en aldaar aangehaalde rechtspraak.

35 PbEU 2007, C 303/02, p. 9-10.

36 R.J.G.M. Widdershoven, annotatie bij HvJ EU 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (Food Standards Agency), AB 2022/2, nr. 10, par. 1.

37 HvJ EU 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (Food Standards Agency), r.o. 78.

geval een toereikende toetsing hebben verricht, moet rekening worden gehouden met de bevoegdheden van de rechterlijke instanties en de volgende drie factoren. Ten eerste, het onderwerp van de beslissing en of deze betrekking heeft op een specialistisch onderwerp of de uitvoering van een discretionaire bevoegdheid. Ten tweede, de wijze waarop de beslissing tot stand is gekomen en de procedurele waarborgen die hierbij zijn betrokken, en ten derde, de inhoud van het geschil.<sup>38</sup> Bovendien houdt het recht op effectieve rechterlijke bescherming in dat een rechter bevoegd moet zijn om alle voor het bij hem aanhangige geding relevante feitelijke en juridische kwesties te onderzoeken die voortvloeien uit de betwisting van Unierechtelijke rechten en verplichtingen.<sup>39</sup>

Omdat de laatste factor waarmee rekening gehouden moet worden, afhangt van de beroepsgronden die zijn aangevoerd in het geschil, betekent dit dat alleen per casus een specifieke afweging kan worden gemaakt over de toetsingsintensiteit die de rechter zou moeten toepassen. Toch kan uit de andere twee factoren wel een bepaalde standaard worden gedistilleerd: naarmate het onderwerp specialistischer is of er sprake is van uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door een overheidsinstantie én het aantal procedurele waarborgen groter wordt bij de vaststelling van het besluit, zal de rechter terughoudender mogen toetsen. De eisen die op grond van art. 47 Handvest worden gesteld aan de toetsingsintensiteit zijn daardoor omgekeerd evenredig met het specialisme van het onderwerp of de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid van een overheidsinstantie én de procedurele waarborgen die een rol spelen bij het vaststellen van het besluit.

Op basis van deze standaard kan, tot op zekere hoogte, ook de toetsingsintensiteit van een exceptieve toets, waarbij gebruik wordt gemaakt van het evidentie criterium, worden beoordeeld wanneer deze wordt toegepast op een bestemmingsplanregel. Het vaststellen van een bestemmingsplan is namelijk een discretionaire bevoegdheid van de gemeenteraad.<sup>40</sup> Na vaststelling van het bestemmingsplan kan daartegen worden geprocedeerd en kunnen alle bestemmingsplanregels vol aan een hogere rechtsnorm worden getoetst.<sup>41</sup> Omdat er dus sprake is van een discretionaire bevoegdheid en van procedurele waarborgen die de procedure van het bestemmingsplan omgeven, zal de toetsing van een bestemmingsplanregel op grond van art. 47 Handvest terughoudend mogen zijn. In de rechtsbeschermingsprocedure waarin de bestemmingsplanregels exceptief getoetst worden, is er door het gebruik van het evidentie criterium ook sprake van een terughoudende toetsing door de bestuursrechter, omdat deze feitelijk slechts

toetst of er sprake is van een evidente strijd met een hogere rechtsnorm. Het is de vraag of de in deze procedure door de Afdeling gehanteerde terughoudendheid niet te verreichend is. Zoals aangegeven in r.o. 80 van het Food Standards Agency-arrest, houdt het recht op effectieve rechterlijke bescherming in dat een rechter bevoegd moet zijn om alle feitelijke en juridische kwesties te onderzoeken. Door de hoge drempel die het evidentie criterium opwerpt, ontnemt de Afdeling zichzelf op grond van het rechtszekerheidsbeginsel de mogelijkheid om de feitelijke en juridische kwesties volledig te onderzoeken.<sup>42</sup> Deze zeer terughoudende toetsing zou daarmee kunnen worden opgevat als een beperking van art. 47 Handvest.

- *Rechtvaardigingsgrond*

Zoals eerder beschreven kan een beperking van art. 47 Handvest worden gerechtvaardigd door art. 52, eerste lid, Handvest. In het Puškár-arrest wordt de beperking van art. 47 Handvest getoetst aan dit artikel:<sup>43</sup>

‘Uit punt 62 van het onderhavige arrest volgt dat een dergelijke beperking slechts overeenkomstig artikel 52, lid 1, van het Handvest gerechtvaardigd is indien zij bij wet wordt gesteld, de wezenlijke inhoud van bedoeld recht eerbiedigt en, onder eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel, noodzakelijk is en daadwerkelijk beantwoordt aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.’<sup>44</sup>

Het eerste vereiste van art. 52, eerste lid, Handvest is dat de beperking bij wet moet worden gesteld. Het evidentie criterium is ontwikkeld in de rechtspraak en daardoor niet bij wet gesteld. Dit zou betekenen dat het evidentie criterium daardoor op gespannen voet staat met art. 52, eerste lid, Handvest en wellicht daarmee zelfs in strijd is. Het evidentie criterium eerbiedigt echter wel de wezenlijke inhoud van art. 47 Handvest en beantwoordt aan de door de Unie erkende doelstelling van rechtszekerheid. Bovendien beschermt het de belangen van derden. De vraag die nochtans onbeantwoord blijft, is of de beperking evenredig is.

- *Evenredigheid*

Voor de toetsing van art. 52, eerste lid, Handvest is het noodzakelijk dat de beperking evenredig is aan de reden waarom de beperking is aangebracht in de nationale procesregels. Het evidentie criterium is ontstaan om de rechtszekerheid van een bestemmingsplanregel te garanderen vanwege het belang van het beschermen van derden. Dit is evenredig voor hen die tijdens de vaststelling van het bestemmingsplan als belanghebbende aangemerkt kunnen worden en de mogelijkheid hadden om

38 HvJ EU 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (Food Standards Agency), r.o. 79.

39 HvJ EU 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (Food Standards Agency), r.o. 80.

40 Art. 3.1 lid 1 Wro.

41 Art. 3.8 Wro.

42 HvJ EU 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (Food Standards Agency), r.o. 80.

43 HvJ EU 27 september 2017, C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725 (Puškár), r.o. 88.

44 HvJ EU 27 september 2017, C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725 (Puškár), r.o. 88; art. 52 lid 1 Handvest.

beroep in te stellen. Eén groep valt hierdoor echter buiten de boot. In paragraaf 2 wordt een uitspraak aangehaald waarin de keuze wordt gemaakt om eenieder de mogelijkheid te bieden een exceptieve toetsing te laten instellen, ongeacht of iemand belanghebbende was tijdens het moment van het vaststellen van het avv. Hiervoor wordt als reden gegeven dat andere toekomstige belanghebbenden anders geen mogelijkheid hebben om een exceptieve toets te krijgen bij de rechter die gelijkstaat aan de toetsing die mogelijk is bij een vernietigingsberoep.<sup>45</sup> Voor deze toekomstige belanghebbenden zou het evidentiecriterium als onevenredig kunnen worden beschouwd. Het evidentiecriterium maakt het voor hen namelijk onmogelijk om eenzelfde soort toets te krijgen als zij die al belanghebbende waren ten tijde van de vaststelling van het bestemmingsplan. Uit het korte jurisprudentieonderzoek is namelijk gebleken dat het in de praktijk tot op heden nog niet is voorgekomen dat een rechter een bestemmingsplanregel onverbindend verklaart of buiten toepassing laat wanneer deze werd getoetst aan de Dienstenrichtlijn. Dit verschil in procedurele waarborgen leidt tot onevenredigheid en zou potentieel zelfs in kunnen gaan tegen de wezenlijke inhoud van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Zoals gesteld in het bovenstaande en ook volgend uit het Food Standards Agency-arrest is het noodzakelijk voor de werking van art. 47 Handvest dat een rechter de mogelijkheid heeft om de feiten en het recht te toetsen in een zaak waar het Unierecht in het geding is.<sup>46</sup> Aangezien dit niet het geval is voor 'nieuwe' belanghebbenden, is het verdedigbaar om te stellen dat voor de 'nieuwe' belanghebbende de wezenlijke inhoud van art. 47 Handvest niet wordt gerespecteerd.

### 3.4 Conclusie

Het evidentiecriterium lijkt een ongemakkelijke verhouding te hebben met het Unierecht. De feitelijke uitwerking van de toepassing van dit criterium leidt tot een dermate hoge drempel dat het tot op heden nog niet heeft geleid tot een onverbindendverklaring van een planregel wanneer deze tegen het licht van de Dienstenrichtlijn wordt gehouden. Dit schuurt met het doeltreffendheidsbeginsel. Misschien nog problematischer is dat het evidentiecriterium kan worden opgevat als een beperking van art. 47 Handvest, die niet voldoet aan de eisen van art. 52, eerste lid, Handvest, aangezien het niet bij wet is gesteld. Bovendien lijken de 'toekomstige' belanghebbenden, die voor het CBb de belangrijkste redenen zijn om een andere lijn te voeren, onevenredig te worden benadeeld door de beperking.

## 4 Herzieningsmogelijkheid

Bij het toetsen van het evidentiecriterium aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming in de Diemen-uitspraak eindigt de Afdeling haar overweging op de volgende wijze:

'De aangewezen rechtsgang om het bestemmingsplan te laten toetsen aan de Dienstenrichtlijn is dan ook om bij de gemeenteraad een verzoek tot herziening van het bestemmingsplan in te dienen. Zolang een bestemmingsplan niet is herzien, mogen aanvragers en derden in beginsel afgaan op wat er in het bestemmingsplan staat.'<sup>47</sup>

Dé manier om een bestemmingsplan te laten toetsen aan hogere rechtsnormen is niet een exceptieve toets bij de bestuursrechter, maar het indienen van een herzieningsverzoek bij de gemeenteraad. Waarom een herzieningsverzoek de optimale manier is om een bestemmingsplanregel ter discussie te stellen wordt door A-G Nijmeijer op navolgende wijze opgesomd:

'Op het moment dat een rechtzoekende meent dat een planregel niet langer voldoet, kan blijkens artikel 3.9 van de Wro een verzoek worden gedaan om de planregels te herzien. De reactie op dat verzoek resulteert in een appellabel besluit. Uit de rechtspraak volgt onder meer dat de motivering van het besluit om geen bestemmingsplan vast te stellen, moet worden gedragen door argumenten in de context van een goede ruimtelijke ordening als bedoeld in art. 3.1 eerste lid, van de Wro.(...) Langs deze weg kan in de procedure die daarvoor is bedoeld een oordeel worden gekregen over de rechtmatigheid van de geldende planregels, in het bijzonder in hoeverre die planregels aanpassing behoeven vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid die aan de planregels moet kunnen worden ontleend.

(...) De stimulans om langs deze weg om herziening van de planregels te verzoeken en zo de gemeenteraad te dwingen om de geldende planregels tegen de achtergrond van de actualiteit (opnieuw) te doordenken, vermindert als planregels op basis van een exceptieve toets gemakkelijker onverbindend worden geacht. Anders gezegd: de exceptieve toets zou dan onbedoeld als substituut voor het vernietigingsberoep kunnen gaan fungeren. Dat is mijns inziens niet wenselijk.'<sup>48</sup>

Het herzieningsverzoek is dus de aangewezen rechtsgang voor het verkrijgen van een rechterlijke toetsing van een bestemmingsplanregel en hoewel er geen expliciete grondslag is opgenomen in de Omgevingswet, blijft dit nog steeds mogelijk.<sup>49</sup> In de Omgevingsregeling staan geen speciale aanvraagvereisten voor een aanvraag tot wijziging van het omgevingsplan, want de al-

45 Cbb 2 augustus 2002, ECLI:NL:CBB:2002:AE7299, r.o. 5.

46 HvJ EU 2 september 2021, C-579/19, ECLI:EU:C:2021:665 (Food Standards Agency), r.o. 80.

47 ABRRvS 19 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:520 (Diemen), r.o. 5.4.

48 Concl. A-G A.G.A. Nijmeijer 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, par. 8.11.

49 Aanvraag tot wijziging van het omgevingsplan, iplo.nl.

gemene regeling voor aanvragen uit de Awb geldt hiervoor. Ook verschilt de procedure niet van die van art. 16.30 Omgevingswet en is er daarmee sprake van gelijke rechtsbescherming.<sup>50</sup> Aan de ene kant betekent de mogelijkheid tot het doen van een herzieningsverzoek dat derden- en ‘toekomstige’ belanghebbenden een reële mogelijkheid hebben om een voorschrift uit een omgevingsplan exceptief getoetst te laten worden door een rechter zonder dat het evidentiecriterium wordt toegepast. Aan de andere kant betekent dit dat het voor die groep alleen mogelijk is om exceptieve toetsing te krijgen zonder het evidentiecriterium wanneer een lange procedure wordt doorlopen om een omgevingsplan gewijzigd te krijgen en daartegen beroep in te stellen bij de rechter. Bovendien wordt het hele omgevingsplan of bestemmingsplan gewijzigd, niet alleen de desbetreffende regel. Dus snel en efficiënt is het niet te noemen, in vergelijking met de mogelijkheid om bij de rechter de specifieke regel uit het bestemmingsplan of omgevingsplan onverbindend te laten verklaren. Zeker in handhavingzaken is het onontbeerlijk om een voorschrift effectief aan te kunnen vallen in een beroepsprocedure wanneer daar een bestuurlijke sanctie op gebaseerd is die in strijd lijkt te zijn met een hogere rechtsnorm.

## 5 Conclusie

De conclusie van Nijmeijer over het evidentiecriterium en de uitspraak die erop volgde van de Afdeling waren gericht op de vraag of het gebruik van het evidentiecriterium functioneel kon worden doorgezet bij omgevingsplannen, maar gaven naar mijn mening niet het complete plaatje. Enkele, naar mijns inziens relevante perspectieven werden helaas niet meegenomen in de behandeling. Er zijn naar mijn mening twee relevante perspectieven waarvan de behandeling onontbeerlijk is om de beoordeling van het evidentiecriterium compleet te maken. Namelijk hoe de uitspraken van het CBb moeten worden gezien en hoe het evidentiecriterium zich verhoudt tot het Unierecht.

Het CBb kiest ervoor om bij de exceptieve toetsing van regels uit een avv bij het beoordelen van een op basis daarvan genomen concretiserend besluit van algemene strekking een grotere nadruk te leggen op de rechtsbescherming van actuele belanghebbenden en in het bijzonder de zogenoemde toekomstige belanghebbenden. Dit verschil in de jurisprudentielijnen tussen twee van de hoogste bestuursrechters is in het bovenstaande aan de orde gesteld. Daarnaast lijkt het evidentiecriterium zoals dat in de jurisprudentielijn van de Afdeling wordt toegepast te schuren met zowel het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals gecodificeerd in art. 47 Handvest, als het doeltreffendheidsbeginsel, zoals dat wordt toegepast in de zogenoemde toets aan de Rewe-criteria. En hoewel het evidentiecriterium als zo-

danig niet in strijd is met het doeltreffendheidsvereiste, verbindt het Hof hier in de rechtspraak wel de voorwaarde aan dat het criterium niet zo restrictief mag worden toegepast dat de mogelijkheid om daadwerkelijke nietigverklaring van het voorschrift te verkrijgen louter fictief is. Verder onderzoek is nodig om vast te stellen in hoeverre aan deze voorwaarde wordt voldaan.

De mogelijkheid tot het aanvragen van een herzieningsverzoek van een omgevingsplan betekent dat er voor iedereen potentieel een mogelijkheid is om een exceptieve toets van een voorschrift uit een omgevingsplan te bewerkstelligen bij een rechter. Hierbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat dit een lange procedure is, waarvoor belanghebbenden die een dergelijk voorschrift tegengeworpen krijgen misschien niet altijd de tijd hebben om deze te doorlopen.

Bovenstaande bespreking van de twee in de conclusie en uitspraak onvoldoende behandelde perspectieven geeft, naar mijn mening, een completer beeld omtrent de toepassing van het evidentiecriterium en deze hadden betrokken moeten worden bij de beoordeling. Het bovenstaande betekent nadrukkelijk niet dat het evidentiecriterium niet deugt. Zoals Nijmeijer in zijn conclusie schrijft, is de ratio achter en de noodzaak van het evidentiecriterium zowel het voorkomen van het doorbreken van de formele rechtskracht die een onherroepelijke planregel heeft, als het voorkomen van een herhaling van de rechtmatigheidstoetsing die bij een vernietigingsberoep heeft opengestaan.<sup>51</sup>

50 Aanvraag tot wijziging van het omgevingsplan, iplo.nl.

51 Concl. A-G.A.G.A. Nijmeijer 5 april 2023, ECLI:NL:RVS:2023:1367, par. 8.4.