

## MEMO

Aan : Gemeenteraad van Almelo  
Van : Damsté advocaten - notarissen  
Datum : 24 juni 2020  
Referentie : DS/20190063/0390/v0390  
Betreft : Almelo/bestemmingsplan Hornbach

---

### Samenvatting

Wij zijn van mening dat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening Overijssel 2017 (hierna: Omgevingsverordening) niet voldoet aan het evenredigheidsvereiste van art. 15 lid 3 aanhef en onder c van richtlijn 2006/123/EG (hierna: de Dienstenrichtlijn). Ook voldoen die artikelen van de Omgevingsverordening ons inziens (deels) niet aan art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn. Art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening dienen ons inziens daarom wegens strijd met art. 15 lid 3 aanhef en onder c Dienstenrichtlijn en art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn buiten toepassing te blijven.

### 1. Inleiding

1. De raad van de gemeente Almelo (hierna: de raad) is voornemens een bestemmingsplan vast te stellen dat voorziet in de vestiging van een bouwmarkt en tuincentrum van Hornbach op het perceel dat ligt tussen de Henriëtte Roland Holstlaan, de Nijreessingel, de Bornerbroeksestraat en de Weezebeek (hierna: het Perceel). De raad heeft ons gevraagd of art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening naar ons oordeel in strijd zijn met art. 15 Dienstenrichtlijn en art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn.
2. In dit memo zullen wij onze mening hierover geven.

### 2. Toetsing van de Omgevingsverordening aan art. 15 Dienstenrichtlijn

#### 2.1 Inleiding

3. De lidstaten van de Europese Unie (EU) dienen volgens art. 15 lid 1, eerste volzin, Dienstenrichtlijn te onderzoeken of in hun rechtsstelsel een of meer van de in art. 15 lid 2 Dienstenrichtlijn bedoelde eisen worden gesteld en zij moeten erop toezien dat deze verenigbaar zijn met de in art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn bedoelde voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Volgens art. 15 lid 1, tweede volzin, Dienstenrichtlijn dienen de lidstaten hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan te passen om de eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen.

4. Art. 15 Dienstenrichtlijn heeft rechtstreekse werking, voor zover het in lid 1, tweede volzin, de lidstaten een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige verplichting oplegt om hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan te passen om ze in overeenstemming te brengen met de in art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn bedoelde voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid.<sup>1</sup>
5. Indien art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening een territoriale beperking als bedoeld in art. 15 lid 2 aanhef en onder a Dienstenrichtlijn zijn, dienen zij derhalve te voldoen aan de in art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn bedoelde voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid. Wij gaan hierna daarom na of art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening een dergelijke territoriale beperking vormen en, zo ja, of zij aan die voorwaarden voldoen.

## 2.2 Is sprake van een territoriale beperking in de zin van art. 15 Dienstenrichtlijn?

6. De vestiging van Hornbach op het Perceel wil (volumineuze) detailhandel verrichten. Detailhandel vormt een dienst in de zin van art. 4 aanhef en onder 1 Dienstenrichtlijn.<sup>2</sup>
7. Naar ons oordeel vormen art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening een territoriale beperking in de zin van art. 15 lid 2 aanhef en onder a Dienstenrichtlijn, omdat zij nieuwe detailhandelsvestigingen in beginsel alleen toestaan binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden. Als uitzondering daarop biedt art. 2.4.3 lid 3 Omgevingsverordening een beperkte mogelijkheid om bij bestemmingsplan op bedrijventerreinen te voorzien in de nieuwvestiging van volumineuze detailhandel met een regionale uitstraling. Nieuwe detailhandelsvestigingen zijn volgens die artikelen van de Omgevingsverordening derhalve op het overgrote deel van het grondgebied van Overijssel niet toegestaan. Aldus stelt de Omgevingsverordening de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit afhankelijk van een territoriale beperking.
8. Steun voor deze conclusie vinden wij in ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964, r.o. 5.4. Daarin heeft de Afdeling geoordeeld dat brancheringsregels in provinciale verordeningen die gemeenteraden bij de vaststelling van een bestemmingsplan in acht moeten nemen, getoetst moeten worden aan art. 14 en art. 15 Dienstenrichtlijn.
9. Aangezien art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening ons inziens een territoriale beperking in de zin van art. 15 lid 2 aanhef en onder a Dienstenrichtlijn vormen, dient beoordeeld te worden of deze beperking voldoet aan de in art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn genoemde voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid (dwingende reden van algemeen belang) en evenredigheid.

---

<sup>1</sup> Zie HvJEU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 AB 2018/181 m.nt. Nijmeijer, JB 2018/60 m.nt. Sanderink (*Visser Vastgoed Beleggingen*), punt 130.

<sup>2</sup> Zie HvJEU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 AB 2018/181 m.nt. Nijmeijer, JB 2018/60 m.nt. Sanderink (*Visser Vastgoed Beleggingen*), punt 97.

## 2.3 Non-discriminatie

10. Op grond van art. 15 lid 3 aanhef en onder a Dienstenrichtlijn moeten territoriale beperkingen voldoen aan het discriminatieverbod, hetgeen inhoudt dat zij geen direct of indirect onderscheid mogen maken naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel.
11. Naar onze mening zijn er geen redenen voor de conclusie dat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening in strijd is met het discriminatieverbod. Deze territoriale beperking maakt immers geen onderscheid naar nationaliteit of de plaats van de statutaire zetel.

## 2.4 Noodzakelijkheid (dwingende reden van algemeen belang)

12. Op grond van art. 15 lid 3 aanhef en onder b Dienstenrichtlijn moeten territoriale beperkingen voldoen aan het vereiste van noodzakelijkheid. De aanduiding van dit vereiste met de term 'noodzakelijkheid' is minder gelukkig, omdat de noodzakelijkheidstoetsing deel uitmaakt van het evenredigheidsvereiste van art. 15 lid 3 aanhef en onder c Dienstenrichtlijn. Bij de voorwaarde van art. 15 lid 3 aanhef en onder b Dienstenrichtlijn gaat het om de vraag of de betreffende beperking is ingesteld ten behoeve van een dwingende reden van algemeen belang en aldus een gerechtvaardigd doel nastreeft.<sup>3</sup>
13. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) heeft geoordeeld dat het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied in het belang van een goede ruimtelijke ordening een dwingende reden van algemeen belang (een gerechtvaardigd doel) vormen.<sup>4</sup>
14. Uit de toelichting op titel 2.4 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening blijkt dat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening tot doel heeft het voorkomen van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en het voorkomen van leegstand. Leegstand heeft volgens de toelichting namelijk een negatief effect op het woon-, werk- en leefklimaat van steden en dorpen. Naar ons oordeel is die territoriale beperking derhalve ingesteld ten behoeve van een dwingende reden van algemeen belang en streeft zij aldus een gerechtvaardigd doel na. Die territoriale beperking voldoet ons inziens daarom ook aan art. 15 lid 3 aanhef en onder b Dienstenrichtlijn.

---

<sup>3</sup> Zie Sanderink in punt 12 van zijn noot onder HvJEU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44, *JB* 2018/60 (*Visser Vastgoed Beleggingen*). Zie ook ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964, r.o. 7.3.

<sup>4</sup> Zie HvJEU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 *AB* 2018/181 m.nt. Nijmeijer, *JB* 2018/60 m.nt. Sanderink (*Visser Vastgoed Beleggingen*), punten 134-135. Zie ook ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, *AB* 2018/246 m.nt. Nijmeijer, r.o. 11.2 en ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964, r.o. 7.3.

## 2.5 Evenredigheid

15. Op grond van art. 15 lid 3 aanhef en onder c Dienstenrichtlijn moeten territoriale beperkingen voldoen aan het vereiste van evenredigheid. Dit betekent dat zij geschikt moeten zijn om het nagestreefde doel te bereiken, niet verder mogen gaan dan nodig is om dat doel te bereiken en dat dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen moet kunnen worden bereikt. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU voldoen overheidsmaatregelen bovendien slechts aan het evenredigheidsvereiste, indien de door die maatregelen veroorzaakte nadelen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel (vereiste van evenredigheid in enge zin).

### 2.5.1 Geschiktheid

#### Wordt het gerechtvaardigde doel daadwerkelijk coherent en systematisch nagestreefd?

16. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU is nationale regelgeving ten eerste slechts geschikt om de verwezenlijking van het betrokken doel te waarborgen, wanneer zij de verwezenlijking van dat doel daadwerkelijk coherent en systematisch nastreeft.<sup>5</sup>
17. De territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening voldoet ons inziens niet aan het vereiste dat het gerechtvaardigde doel (in casu het voorkomen van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en het voorkomen van leegstand) daadwerkelijk coherent en systematisch wordt nagestreefd. Die doelen lijken weliswaar coherent en systematisch nagestreefd te worden in die zin dat die territoriale beperking voor geheel Overijssel geldt en dat niet gebleken is dat de provincie veelvuldig of willekeurig van die beperking afwijkt. Die territoriale beperking voldoet naar ons oordeel evenwel niet aan dat vereiste, doordat art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening nieuwe detailhandelsvestigingen onbeperkt toestaan zolang ze maar binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden worden gevestigd. Een onbeperkte vestiging van nieuwe detailhandelsvestigingen daar kan immers even goed tot een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en/of leegstand leiden als vestiging van nieuwe detailhandelsvestigingen elders. In zoverre wordt het doel van het voorkomen van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en leegstand naar ons oordeel niet coherent en systematisch nagestreefd door art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening.

#### Hebben provinciale staten de geschiktheid van de territoriale beperking aangetoond?

18. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU is het ten tweede aan de overheid die maatregelen treft die een door het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) gewaarborgde fundamentele vrijheid beperken om door middel van een 'onderzoek', 'specifieke gegevens' en 'nauwkeurige statistische gegevens of met andere middelen' aan te

---

<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEU 29 juli 2019, C-209/18, ECLI:EU:C:2019:632 (*Commissie / Oostenrijk*), punt 94, HvJEU 14 november 2018, C-342/17, ECLI:EU:C:2018:906 (*Memoria en Dall'Antonia*), punt 52 en HvJEU 18 mei 2017, C-99/16, ECLI:EU:C:2017:391 (*Lahorgue*), punt 31. Zie ook bijvoorbeeld ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964, r.o. 9.2.

tonen dat die maatregelen geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Daarbij dient de rechter die zich hierover moet uitspreken, te onderzoeken of het bewijs redelijkerwijs kan leiden tot het oordeel dat de gekozen middelen geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken en of dit doel ook kan worden bereikt met maatregelen die de fundamentele vrijheid minder beperken.<sup>6</sup>

19. De Afdeling heeft in overeenstemming met deze rechtspraak van het HvJEU geoordeeld dat het aan de regulerende overheid is om haar stelling over de effectiviteit van de maatregel te onderbouwen aan de hand van een analyse met specifieke gegevens. De regulerende overheid kan zich in dit verband niet uitsluitend beroepen op beleidsmatige inzichten en/of algemene ervaringsregels zonder daarnaast onderzoeksgegevens of andere gegevens over te leggen waarmee de gestelde negatieve gevolgen van de vestiging van de betreffende dienstenactiviteit op een bepaalde locatie (welke negatieve gevolgen volgens de regulerende overheid door de territoriale beperkingen worden tegengegaan) aannemelijk worden gemaakt.<sup>7</sup>
20. Het is naar ons oordeel twijfelachtig of provinciale staten overeenkomstig deze bewijsmaatstaf hebben aangetoond dat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening geschikt is om een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en/of leegstand te voorkomen. Uit de toelichting op deze bepalingen blijkt immers niet dat er specifieke onderzoeken, rapporten en/of gegevens ten grondslag liggen aan deze territoriale beperking waaruit blijkt dat deze territoriale beperking daadwerkelijk geschikt is om een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en/of leegstand te voorkomen, althans aan het voorkomen daarvan bij te dragen.

## Conclusie

21. Gezien het voorgaande is de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening naar ons oordeel in strijd met het geschiktheidsvereiste, omdat het doel van het voorkomen van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en/of leegstand ons inziens niet coherent en systematisch wordt nagestreefd door art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening. Daarom kan in het midden blijven of provinciale staten overeenkomstig de bewijsmaatstaf uit de rechtspraak hebben aangetoond dat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening geschikt is om een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en/of leegstand te voorkomen, althans aan het voorkomen daarvan bij te dragen.

---

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEU 19 oktober 2016, C-148/15, ECLI:EU:C:2016:776 (*Deutsche Parkinson Vereinigung*), punten 34-36.

<sup>7</sup> Zie ABRvS 20 juni 2018, ECLI:NL:RVS:2018:2062, AB 2018/246 m.nt. Nijmeijer, r.o. 13.2 en ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4195, r.o. 13.2 en 13.12.

## 2.5.2 Niet verder dan nodig (minder beperkende maatregelen)

### Inleiding

22. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU en art. 15 lid 3 aanhef en onder c Dienstenrichtlijn voldoet nationale regelgeving slechts aan het evenredigheidsvereiste, indien zij niet verder gaat dan nodig is om het gerechtvaardigde doel (in casu het voorkomen van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau en het voorkomen van leegstand) te bereiken in die zin dat dat doel niet met andere, minder beperkende maatregelen moet kunnen worden bereikt.
23. Uit art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening volgt dat de nieuwvestiging van volumineuze detailhandel alleen is toegestaan op bedrijventerreinen of binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden. Dit is een vergaande territoriale beperking die nieuwe detailhandelsvestigingen op het overgrote deel van het grondgebied van Overijssel categorisch uitsluit. Voor volumineuze detailhandel is deze territoriale beperking extra beperkend, omdat volumineuze detailhandel vanwege de aard en omvang van de activiteiten fysiek vrijwel nooit past binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden (waaronder woonboulevards blijkens de toelichting niet vallen). Nieuwe vestigingen voor volumineuze detailhandel met een regionale uitstraling (zoals de vestiging van Hornbach) zijn aangewezen op vestiging op bedrijventerreinen in streekcentra en stedelijke centra, waarbij bovendien voldaan moet worden aan de stringente eisen van art. 2.4.3 lid 3 Omgevingsverordening.

### Het belang van het voorkomen van leegstand

24. Ons inziens gaat de eis van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening, die inhoudt dat de nieuwvestiging van volumineuze detailhandel alleen is toegestaan op bedrijventerreinen of binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden, verder dan nodig is om leegstand te voorkomen. Nu deze artikelen nieuwe detailhandelsvestigingen onbeperkt toestaan binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden en onder voorwaarden op bedrijventerreinen, valt immers niet in te zien waarom het belang bij het voorkomen van leegstand zich ertegen verzet dat nieuwe detailhandelsvestigingen zich op andere geschikte locaties binnen stedelijk gebied vestigen.
25. In het bijzonder valt niet in te zien waarom het belang bij het voorkomen van leegstand zich ertegen verzet dat een nieuwe detailhandelsvestiging zich op een andere geschikte locatie binnen stedelijk gebied van Almelo vestigt in plaats van op een bedrijventerrein of binnen of direct aansluitend aan een bestaand kernwinkelgebied in Almelo. Het is immers aannemelijk dat de nieuwvestiging van zo'n detailhandelsvestiging op een bedrijventerrein of binnen of bij een bestaand kernwinkelgebied (hetgeen de Omgevingsverordening toelaat) enerzijds en de nieuwvestiging daarvan op een andere geschikte locatie binnen stedelijk gebied (hetgeen de Omgevingsverordening verbiedt) anderzijds tot dezelfde effecten voor de leegstand zullen

leiden, omdat in beide gevallen in dezelfde gemeente een vestiging voor (volumineuze) detailhandel wordt toegevoegd aan het bestaande winkelvloeroppervlak.

26. De beperking van de locaties waar nieuwe detailhandelsvestigingen zich kunnen vestigen gaat ons inziens ook verder dan voor het voorkomen van leegstand nodig is, indien zij specifiek beoogt leegstand in de centra van steden en dorpen te voorkomen. Indien dat het doel van de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening is, dan had zij voor volumineuze detailhandel immers een uitzondering kunnen maken in die zin dat zij geen beperkingen zou stellen aan de locaties waar nieuwe detailhandelsvestigingen voor volumineuze detailhandel zich kunnen vestigen. Volumineuze detailhandel is vanwege de omvang van haar activiteiten immers (doorgaans) alleen buiten de stads- en dorpscentra mogelijk en concurreert daardoor niet of nauwelijks met winkels in die centra. Het is dan ook niet nodig om de locaties voor volumineuze detailhandel buiten de stads- en dorpscentra te beperken in het belang van het voorkomen van leegstand in die stads- en dorpscentra.
27. De regel dat de nieuwvestiging van volumineuze detailhandel alleen is toegestaan op bedrijventerreinen of binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden, gaat ons ziens derhalve verder dan nodig is om leegstand te voorkomen.

#### Het belang van het voorkomen van een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau

28. Ons inziens gaat de eis van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening, die inhoudt dat de nieuwvestiging van (volumineuze) detailhandel alleen is toegestaan op bedrijventerreinen of binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden, ook verder dan nodig is om een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau te voorkomen. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling vormen concurrentieverhoudingen bij een planologische belangenafweging in beginsel geen in aanmerking te nemen belang, tenzij zich een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau zal voordoen die niet door dwingende redenen wordt gerechtvaardigd. Voor de beoordeling van de vraag of gevreesd moet worden voor een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau is doorslaggevend of inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften.<sup>8</sup>
29. Hieruit volgt dat gemeenteraden op grond van art. 3.1 Wet ruimtelijke ordening (Wro) en provinciale staten op grond van art. 4.1 Wro ter bescherming van het voorzieningenniveau alleen regels (beperkingen) ten aanzien van detailhandel mogen stellen, voor zover die regels beogen te voorkomen dat de inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften. Zij mogen die bevoegdheden om regels te stellen derhalve niet gebruiken om te voorkomen dat de inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in andere behoeften (aankopen) dan hun eerste levensbehoeften, omdat de

---

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 18 september 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1192, r.o. 7.3-7.5, ABRvS 16 december 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3845, r.o. 6.2 en ABRvS 20 april 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1037, r.o. 7.2.

mogelijkheid om andere aankopen te doen niet ruimtelijk relevant is en dus de goede ruimtelijke ordening niet dient. Wij wijzen in dit verband op ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2345, r.o. 9.4:

‘De Afdeling heeft in de uitspraak van 18 september 2013 in zaak nr. 201208105/1/R2 overwogen dat zij aanleiding ziet om, anders dan in de uitspraak van 10 juni 2009 in zaak nr. 200808122/1/R3 en de uitspraak van 2 december 2009 in zaak nr. 200901438/1/R3 voor de beoordeling van de vraag of gevreesd moet worden voor een duurzame ontwricting van het voorzieningenniveau vanaf de datum van de uitspraak doorslaggevend te achten of inwoners van een bepaald gebied niet langer op een aanvaardbare afstand van hun woning kunnen voorzien in hun eerste levensbehoeften. Dat betekent dat alleen een mogelijke ontwricting ten aanzien van deze eerste levensbehoeften ruimtelijk relevant wordt geacht. De aantasting van het voorzieningenniveau van andere behoeften is op zichzelf geen reden om planologische medewerking aan een besluit te weigeren.

Een bouwmarkt draagt naar zijn aard niet bij aan de mogelijkheid te voorzien in de eerste levensbehoeften. Uit de aan de beleidsregel ten grondslag gelegde stukken kan echter worden opgemaakt dat aan de vaststelling van het maximale DHZ winkelvloeroppervlak van 5.000 m<sup>2</sup> het voorkomen van duurzame ontwricting van de aanbodstructuur en, in dat licht, het behouden van de huidige spreiding en diversiteit in bouwmarkten ten grondslag ligt. Nu de beleidsregel berust op het motief om concurrentieverhoudingen te beschermen buiten de gevallen waarin dat motief wegens gevaar van een duurzame ontwricting gerechtvaardigd kan zijn, strekt de beleidsregel niet ter bescherming van het belang van een goede ruimtelijke ordening. Het college heeft de beleidsregel dan ook terecht, zij het op andere gronden, buiten toepassing gelaten.’

30. Volgens vaste rechtspraak van de Afdeling kunnen bouwmarkten en tuincentra naar hun aard niet als voorzieningen ten behoeve van de eerste levensbehoeften worden aangemerkt, zodat zich geen duurzame ontwricting van het voorzieningenniveau kan voordoen (als gevolg van het sluiten van bouwmarkten en tuincentra door concurrentie van andere bouwmarkten en tuincentra).<sup>9</sup> Niet aannemelijk is dat de vestiging van een bouwmarkt of tuincentrum in een bepaald gebied negatieve (concurrentie)gevolgen heeft voor bestaande detailhandelaren in de omgeving die wel in eerste levensbehoeften voorzien, waardoor die bestaande detailhandelaren in eerste levensbehoeften hun deuren zouden moeten sluiten. Bouwmarkten en tuincentra concurreren immers niet met die detailhandelaren.<sup>10</sup> Een duurzame ontwricting van het voorzieningenniveau (ten aanzien van eerste levensbehoeften) kan daarom niet het gevolg zijn van het toestaan van een bouwmarkt en/of tuincentrum als Hornbach.
31. Bij de nieuwvestiging van Hornbach in Almelo en de nieuwvestiging van tal van andere detailhandelaren op andere locaties is het belang van het voorkomen van een duurzame ontwricting van het voorzieningenniveau (ten aanzien van eerste levensbehoeften) derhalve niet in het geding. Daarom gaat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld ABRvS 15 maart 2017, ECLI:NL:RVS:2017:694, r.o. 19.5 (bouwmarkt), ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2345, r.o. 9.4 (bouwmarkt), ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1738, r.o. 4.3 (tuincentrum).

<sup>10</sup> Zie BRO, ‘Almelo, Ruimtelijk-functionele effectenanalyse Hornbach. Gemeente Almelo’, 15 juni 2020, p. 10.

Omgevingsverordening, die inhoudt dat de nieuwvestiging van *alle soorten* detailhandel alleen is toegestaan op bedrijventerreinen of binnen of direct aansluitend aan bestaande kernwinkelgebieden, ons inziens verder dan nodig is om een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau ten aanzien van eerste levensbehoeften te voorkomen. Voor het beschermen van het belang van het voorzieningenniveau ten aanzien van eerste levensbehoeften had de Omgevingsverordening immers kunnen volstaan met een territoriale beperking die alleen betrekking heeft op detailhandel die in eerste levensbehoeften voorziet. Voor het beschermen van dat belang is het niet nodig territoriale beperkingen te stellen aan (al dan niet volumineuze) detailhandel die niet voorziet in eerste levensbehoeften en (dus) niet concurreert met detailhandelaren die wel voorzien in eerste levensbehoeften.

32. Doordat art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening ter bescherming van het belang van het voorzieningenniveau ten aanzien van eerste levensbehoeften territoriale beperkingen stellen aan *alle soorten* detailhandel gaan die artikelen verder dan nodig is om een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau (ten aanzien van eerste levensbehoeften) te voorkomen. Voor zover art 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening ook mochten beogen het belang van het voorzieningenniveau ten aanzien van andere behoeften (aankopen) te beschermen, dienen zij in strijd met art. 4.1 Wro niet het belang van een goede ruimtelijke ordening en zijn zij ons inziens onverbindend, althans dienen zij in zoverre buiten toepassing te blijven.<sup>11</sup>

### Conclusie

33. De territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening gaat ons inziens verder dan nodig is om leegstand en/of een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau (ten aanzien van eerste levensbehoeften) te voorkomen.

### 2.5.3 Evenredigheid in enge zin

34. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU voldoen overheidsmaatregelen slechts aan het evenredigheidsvereiste, indien de door die maatregelen veroorzaakte nadelen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel (in casu het voorkomen van leegstand en/of een duurzame ontwrichting van het voorzieningenniveau).<sup>12</sup> Dit is het vereiste van evenredigheid in enge zin.
35. Het vereiste van evenredigheid in enge zin vereist dat de door de territoriale beperking gediende belangen worden afgewogen tegen de door de Dienstenrichtlijn beschermde belangen die door die territoriale beperking worden aangetast. De Dienstenrichtlijn beoogt de verwijdering van beperkingen van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en van het vrije verkeer van diensten tussen deze lidstaten teneinde bij te dragen tot de

<sup>11</sup> Vergelijk ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2345, r.o. 9.4.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEU 21 juli 2011, C-2/10, ECLI:EU:C:2011:502 (*Azienda Agro-Zootecnica Franchini en Eolica di Altamura*), punt 73, HvJEU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*), punt 50 en HvJEU 20 maart 2018, C-537/16 (*Garlsson Real Estate e.a.*), punt 48.

verwezenlijking van een vrije en concurrerende interne markt waarop consumenten een grotere keuze en betere diensten tegen lagere prijzen krijgen.<sup>13</sup>

36. In hun aanvullende zienswijze van 19 maart 2020 betogen Beter Bed B.V e.a. dat (het bestemmingsplan voor) de vestiging van Hornbach in Almelo in strijd is met de eisen van art. 2.4.3 Omgevingsverordening. Indien in rechte zou komen vast te staan dat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening zich verzet tegen een vestiging van Hornbach in Almelo, is die territoriale beperking naar ons oordeel niet evenredig ten opzichte van het nagestreefde doel. Die territoriale beperking vormt ons inziens dan namelijk een te grote aantasting van het door de Dienstenrichtlijn beschermde belang van een vrije en concurrerende interne markt waarop consumenten een grotere keuze en betere diensten tegen lagere prijzen krijgen. Voor die opvatting bestaan de volgende argumenten.
37. De territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening is, zoals gezegd, verstrekkend, omdat deze nieuwe detailhandelsvestigingen op het overgrote deel van het grondgebied van Overijssel categorisch uitsluit.<sup>14</sup> Indien deze territoriale beperking zich (zoals Beter Bed e.a. betogen) zou verzetten tegen een vestiging van Hornbach in Almelo, zou deze territoriale beperking indirect het aantal detailhandelaars in volumineuze goederen in Almelo beperken. In dit verband merken wij op dat Advocaat-Generaal Szpunar in zijn conclusie voor HvJEU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 (*Visser Vastgoed Beleggingen*) voor de evenredigheid van een territoriale beperking die een bestemmingsplan in Appingedam stelde van wezenlijk belang achtte dat dat bestemmingsplan het voor dienstverrichters niet onmogelijk maakte om zich in Appingedam als zodanig te vestigen, aangezien er voldoende winkelruimte beschikbaar was tegen betaalbare prijzen en er geen aanwijzingen waren dat dat bestemmingsplan het aantal detailhandelaars in de gemeente indirect beperkte. Indien de oppervlakten evenwel zodanig beperkt waren dat dienstverrichters zoals Bristol BV zich niet in Appingedam konden vestigen of daarvan werden weerhouden, kon het bestemmingsplan naar zijn mening echter de evenredigheidstoets niet doorstaan en zou de territoriale beperking dus op grond van art. 15 Dienstenrichtlijn verboden zijn.<sup>15</sup>
38. Naar ons oordeel verzet het evenredigheidsvereiste van de Dienstenrichtlijn zich er niet tegen dat dienstverrichters geen nieuwe gebouwen mogen oprichten, indien er voor de verlening van hun dienst geschikte ruimte in bestaande gebouwen beschikbaar is. Het belang bij een zorgvuldig ruimtegebruik, het voorkomen van leegstand en het behoud van de natuur en landschappelijke waarden weegt ons inziens zwaarder dan de wens van een dienstverrichter zich in het buitengebied te vestigen, indien hij zich ook goed in een bestaand en beschikbaar gebouw in bestaand stedelijk gebied kan vestigen.

---

<sup>13</sup> Zie HvJEU 30 januari 2018, C-360/15 en C-31/16, ECLI:EU:C:2018:44 AB 2018/181 m.nt. Nijmeijer, JB 2018/60 m.nt. Sanderink (*Visser Vastgoed Beleggingen*), punt 104 en overweging 2 van de considerans van de Dienstenrichtlijn.

<sup>14</sup> Vergelijk in dit verband ABRvS 19 december 2018, ECLI:NL:RVS:2018:4173, r.o. 20.2.1, waarin de Afdeling het in het kader van de evenredigheid juist van belang achtte dat het in die zaak aan de orde zijnde vestigingsverbod slechts voor een beperkt gebied gold.

<sup>15</sup> Zie punten 149-150 van de conclusie van 18 mei 2017 van Advocaat-Generaal Szpunar (ECLI:EU:C:2017:397).

39. Het belang bij een zorgvuldig ruimtegebruik en het voorkomen van leegstand weegt ons inziens evenwel niet zwaarder dan het door de Dienstenrichtlijn beschermde belang van Hornbach en consumenten bij een vrije en concurrerende interne markt waarop consumenten een grotere keuze en betere diensten tegen lagere prijzen krijgen, indien binnen Almelo geen geschikte bestaande detailhandelslocaties voor Hornbach beschikbaar zijn en Hornbach zich dus in het geheel niet in Almelo kan vestigen. Dan wordt het Hornbach als dienstverlener immers geheel onmogelijk gemaakt zich in Almelo te vestigen. Die onmogelijkheid doet zich in casu voor, omdat binnen Almelo geen geschikte bestaande detailhandelslocaties voor Hornbach beschikbaar zijn.<sup>16</sup> Dat klemt temeer, nu uit deskundigenrapporten blijkt dat consumenten door de vestiging van Hornbach in Almelo een bouwmarkt krijgen met een betere 'waardepropositie' (meer service en lagere prijzen) en een ruimer assortiment.<sup>17</sup> Dat is immers nu net juist wat de Dienstenrichtlijn beoogt. Het gaat daarbij niet alleen om consumenten uit Almelo zelf, maar ook om consumenten uit bijvoorbeeld Hellendoorn, Rijssen-Holten, Tubbergen en Twenterand. Consumenten uit deze laatste gemeenten hebben immers minder toegang tot aantrekkelijke formules als Hornbach en Bauhaus, als in Almelo geen vestiging van Hornbach komt.<sup>18</sup>
40. In het verlengde hiervan kan het belang bij het voorkomen van leegstand naar ons oordeel onder de Dienstenrichtlijn niet rechtvaardigen dat de Omgevingsverordening zou verhinderen dat een relatief nieuwe formule als Hornbach zich in Almelo vestigt om de enkele reden dat daardoor kleinere concurrenten in de omgeving hun deuren moeten sluiten en daardoor de leegstand toeneemt. De vestiging van elke nieuwe dienstverlener die gaat concurreren met bestaande dienstverleners brengt immers het risico met zich dat een of meer bestaande dienstverleners weggeconcurrereerd worden en hun deuren moeten sluiten met leegstand als gevolg. Als dat risico voldoende zou zijn om de vestiging van een nieuwe dienstverlener te verhinderen, dan zou dat het door de Dienstenrichtlijn beschermde belang van een vrije en concurrerende interne markt waarop consumenten een grotere keuze en betere diensten tegen lagere prijzen krijgen ons inziens in de kern aantasten.
41. Van belang is naar ons oordeel ook dat art. 2.4.3 lid 3 Omgevingsverordening het mogelijk maken van nieuwe volumineuze detailhandel op bedrijventerreinen in wezen afhankelijk stelt van maxima voor de vestigingsdichtheid en het effect op de bestaande detailhandel, waarboven geen winkelbedrijven mogen worden toegevoegd. Dat artikellid stelt het planologisch mogelijk maken van nieuwe vestigingen voor volumineuze detailhandel immers afhankelijk van de voorwaarden dat de (kwalitatieve en kwantitatieve) behoefte aan de betreffende detailhandelsvestiging aannemelijk is gemaakt (sub a) en dat de detailhandelsvestiging niet leidt tot een onevenredige aantasting van het voorzieningsniveau

---

<sup>16</sup> Het is duidelijk dat Hornbach vanwege haar omvang en de aard van haar activiteiten (volumineuze detailhandel) niet past in de binnenstad. Hetzelfde geldt voor de woonboulevard in Almelo (zie Bijlage 1, p. 8 bij BRO, 'Almelo, Ruimtelijk-functionele effectenanalyse Hornbach. Gemeente Almelo', 15 juni 2020).

<sup>17</sup> Zie P. Verhoef, 'Vergelijking Rapporten Hornbach Vestiging Almelo voor de Provincie Overijssel', 18 september 2018, p. 12 en BRO, 'Almelo, Ruimtelijk-functionele effectenanalyse Hornbach. Gemeente Almelo', 15 juni 2020, p. 4 en 7 en Bijlage 10 daarbij.

<sup>18</sup> Zie P. Verhoef, 'Vergelijking Rapporten Hornbach Vestiging Almelo voor de Provincie Overijssel', 18 september 2018, p. 8.

(sub b). Het HvJEU heeft in een arrest uit 2011 bepalingen die inhouden dat maxima voor de vestigingsdichtheid en het effect op de bestaande detailhandel worden toegepast (waarboven geen winkelbedrijven mogen worden geopend), in strijd geoordeeld met de vrijheid van vestiging van (toenmalig) art. 43 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG), ook al dienden deze bepalingen volgens Spanje doelstellingen van milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming. Volgens het HvJEU ging het om zuiver economische overwegingen die geen dwingende reden van algemeen belang konden vormen.<sup>19</sup>

42. Naar ons oordeel is in ieder geval de door art. 2.4.3 lid 3 aanhef en onder a Omgevingsverordening gestelde voorwaarde dat de (kwalitatieve en kwantitatieve) behoefte aan de betreffende detailhandelsvestiging aannemelijk wordt gemaakt in strijd met art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn en art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn. Deze voorwaarde is immers een zelfstandige voorwaarde voor het planologisch mogelijk maken van een detailhandelsvestiging. De (kwalitatieve en kwantitatieve) behoefte aan de betreffende detailhandelsvestiging is daarmee niet slechts een factor in de beoordeling van de vraag of de detailhandelsvestiging negatieve ruimtelijke gevolgen (zoals leegstand) heeft. Ook indien de detailhandelsvestiging niet zulke negatieve ruimtelijke gevolgen heeft, verhindert die zelfstandige voorwaarde immers het planologisch mogelijk maken van een nieuwe detailhandelsvestiging in het geval dat de behoefte aan die detailhandelsvestiging niet aannemelijk is gemaakt. Dat is ons inziens niet in overeenstemming met art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn en art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn.<sup>20</sup>
43. Het kan in het midden blijven of het belang van de bescherming van de natuur en landschappelijke waarden in casu zwaarder weegt dan het door de Dienstenrichtlijn beschermde belang van Hornbach en consumenten bij een vrije en concurrerende interne markt. Het Perceel, waarop Hornbach in het bestemmingsplan is voorzien, ligt immers in bestaand stedelijk gebied, zodat de vestiging van Hornbach geen nieuw beslag legt op de natuur en/of landschappelijke waarden. Het belang bij het behoud van de natuur en landschappelijke waarden is dus niet in het geding.

---

<sup>19</sup> Zie HvJEU 24 maart 2011, C-400/08, ECLI:EU:C:2011:172 (*Commissie / Spanje*), punten 88 en 95-98.

<sup>20</sup> Door het aantonen van de (kwalitatieve en kwantitatieve) behoefte als zelfstandige voorwaarde te stellen, wijkt art. 2.4.3 lid 3 Omgevingsverordening overigens ook af van art. 3.1.6 leden 2 en 4 Besluit ruimtelijke ordening (Bro). Volgens art. 3.1.6 lid 4 Bro mag in het kader van de ladder voor duurzame verstedelijking een onderzoek naar de behoefte immers slechts tot doel hebben om na te gaan of de vestiging van een dienst(verrichter) in overeenstemming is met een goede ruimtelijke ordening. Het aantonen van de behoefte vormt in het kader van de ladder voor duurzame verstedelijking dus geen zelfstandige voorwaarde voor het planologisch mogelijk maken van een nieuwe detailhandelsvestiging. Vergelijk ook ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964, r.o. 6.2, waarin de Afdeling overwoog dat in de Verordening Ruimte 2013 van Zuid-Holland economische aspecten geen zelfstandige criteria vormden, maar alleen indirect van belang waren. Ook overwoog de Afdeling dat de uitoefening van een dienstactiviteit in die verordening niet afhankelijk was gesteld van een economische behoefte of markt vraag. Art. 2.4.3 lid 3 Omgevingsverordening wijkt dus ook af van die verordening van Zuid-Holland.

## 2.5.4 Conclusie

44. Gelet op al het voorgaande zijn wij van mening dat de territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening niet voldoet aan het evenredigheidsvereiste van art. 15 lid 3 aanhef en onder c Dienstenrichtlijn.

### **3. Art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn**

45. In paragraaf 2.5.3 hebben wij in het kader van de toetsing aan art. 15 lid 3 Dienstenrichtlijn reeds uiteengezet dat de door art. 2.4.3 lid 3 aanhef en onder a Omgevingsverordening gestelde voorwaarde dat de (kwalitatieve en kwantitatieve) behoefte aan de betreffende detailhandelsvestiging aannemelijk wordt gemaakt ons inziens in strijd is met art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn. Die voorwaarde houdt immers een (zelfstandig) economisch criterium in dat bewijs van het bestaan van een economische behoefte of marktvraag verlangt.

### **4. Buiten toepassing laten van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening**

46. Alle nationale overheidsorganen zijn op grond van het Unierecht verplicht om met (rechtstreeks werkende bepalingen van) het Unierecht strijdige nationale regelgeving buiten toepassing te laten. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU rust die verplichting niet alleen op de nationale rechters, maar ook op (al dan niet decentrale) bestuursorganen die in het kader van hun respectieve bevoegdheden zijn belast met de toepassing van de bepalingen van het Unierecht.<sup>21</sup>
47. Zoals gezegd, zijn art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening naar ons oordeel in strijd met art. 15 Dienstenrichtlijn en art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn. Indien de raad deze mening deelt, is hij gezien de genoemde rechtspraak van het HvJEU verplicht art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening bij de vaststelling van het bestemmingsplan buiten toepassing te laten. Die bepalingen van de Omgevingsverordening vormen dan bijgevolg geen beletsel voor de vaststelling van het bestemmingsplan, ook niet indien het bestemmingsplan in strijd zou zijn met die bepalingen van de Omgevingsverordening.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld HvJEU 4 december 2018, C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 (*The Minister for Justice and Equality en Commissioner of the Garda Síochána*), punt 38, HvJEU 16 december 2010, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778 (*Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe*), punt 52 en HvJEG 22 juni 1989, C-103/88, ECLI:EU:C:1989:256 (*Costanzo*), punten 31-32.

<sup>22</sup> Vergelijk ABRvS 27 maart 2019, ECLI:NL:RVS:2019:964, r.o. 10.

## 5. Conclusie

48. De territoriale beperking van art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening voldoet ons inziens niet aan het evenredigheidsvereiste van art. 15 lid 3 aanhef en onder c en art. 14 onder 5 Dienstenrichtlijn. Indien de raad deze mening deelt, is de raad verplicht art. 2.4.2 en art. 2.4.3 Omgevingsverordening bij de vaststelling van het bestemmingsplan buiten toepassing te laten.