

Stibbe
Central Plaza
Loksumstraat 25
1000 Brussel
België
T +32 2 533 52 22
F +32 2 533 56 85
www.stibbe.com

Onze ref.
2036670/JB

Memorandum

Aan	Koen Vermoesen Vlaamse Overheid - Agentschap Economie Entiteit Ruimtelijke Economie	Eline Horemans Vlaams Agentschap Ondernemen
Van	Jan Bouckaert ^o Stibbe cvba Yves Sternotte Stibbe cvba	Stefanie François Stibbe cvba
Datum	5 maart 2018	
Betreft	Vlaio : advies argumentatie IHB	

Geachte mevrouw Horemans,
Geachte heer Vermoesen,

Wij verwijzen naar uw e-mail van 31 oktober 2017 met als bijlage de opdracht “*Argumentatie doelstellingen IHB Europese Dienstenrichtlijn*”.

Deze opdracht heeft tot doel om te komen tot een juridisch aanvaardbare argumentatie voor besturen in het kader van hun handelsvestigingsbeleid (planniveau, convenanten en vergunningen) zonder daarbij de richtlijn 2006/123/EG van 12 december 2006 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de diensten op de interne markt (hierna: de “*Dienstenrichtlijn*”) te schenden.

Een en ander moet resulteren in een voorbeeldargumentatie met betrekking tot de vier doelstellingen, vermeld in artikel 4 van het decreet van 15 juli 2016 betreffende het integraal handelsvestigingsbeleid (hierna: het “*decreet IHB*”).

Het onderzoek is gesteund op:

Stibbe

- (i) een screening van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van de Raad van State; en
- (ii) een screening van de “*Legal study on Retail Establishment through the 28 Member States: Restrictions and Freedom of Establishment*” (hierna: de “*Legal study*”) van de Europese Unie van januari 2015.

De structuur van ons advies is als volgt.

In **hoofdstuk één** geven wij een overzicht van het relevante wettelijk kader vanuit Europeesrechtelijk en vanuit Vlaams perspectief.

In **hoofdstuk twee** bespreken wij de verhouding tussen de instrumenten ter verwezenlijking van het decreet IHB en de Dienstenrichtlijn. Tevens wordt nader ingegaan op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake de Dienstenrichtlijn en wordt verduidelijkt welke voor Vlaio relevante conclusies uit deze rechtspraak kunnen worden getrokken.

Verder onderzoeken wij de relevante rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het Vlaamse Gewest. In dit hoofdstuk worden reeds enkele tussenconclusies geformuleerd.

In **hoofdstuk drie** gaan wij over tot rechtsvergelijking. Vooreerst wordt de rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Waalse Gewest besproken. Vervolgens bespreken wij op grond van de Legal study de situatie in andere lidstaten van de Europese Unie.

In **hoofdstuk vier** maken wij tot slot een voorbeeldargumentatie op met betrekking tot de vier doelstellingen van het decreet IHB.

* *
*

Executive summary	5
1 Wettelijk kader	8
1.1 Het wettelijk kader vanuit Europeesrechtelijk perspectief	8
(a) De artikelen 49 en 56 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie	8
(b) De Dienstenrichtlijn	9
1.2 Het wettelijk kader vanuit Vlaams perspectief	10
(a) De doelstellingen van het decreet IHB	10
(b) De instrumenten ter verwezenlijking van het integraal handelsvestigingsbeleid	11
(i) Het beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid	12 ¹²⁴⁴
(ii) De ruimtelijke uitvoeringsplannen en stedenbouwkundige verordeningen.....	12
(iii) De omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten	13 ¹³⁴²
(iv) De handelsvestigingsconvenanten	13
2 De verhouding tussen de Dienstenrichtlijn en de instrumenten van het decreet IHB ...	15 ¹⁵⁴⁴
2.1 Is de Dienstenrichtlijn van toepassing op de instrumenten van het decreet IHB	15 ¹⁵⁴⁴
(a) Valt detailhandel onder het vrij verkeer van vestiging en diensten? ...	15 ¹⁵⁴⁴
(b) Vallen de instrumenten van het decreet IHB onder de Dienstenrichtlijn?	16 ¹⁶⁴⁵
(c) Valt de beperking onder de Dienstenrichtlijn?.....	18 ¹⁸⁴⁷
2.2 Onderscheid “vergunningstelsel” en “eisen”	19 ¹⁹⁴⁸
2.3 De rechtvaardiging van een beperking	20 ²⁰⁴⁹
(a) Algemeen.....	20 ²⁰⁴⁹
(b) De rechtvaardiging van een beperking	23 ²³²²
(i) Screening van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie	23 ²³²²
(ii) Screening van de rechtspraak van de Raad van State [Vlaamse Gewest]	33 ³³³²
(c) Tussentijds besluit	36 ³⁶³⁵
3 Het handelsvestigingsbeleid vanuit rechtsvergelijkend perspectief	40 ⁴⁰³⁹
3.1 De situatie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Waalse Gewest.....	40 ⁴⁰³⁹
(a) Analyse van de rechtspraak	40 ⁴⁰³⁹
(b) Besluit.....	43 ⁴³⁴²
3.2 De situatie in andere lidstaten van de Europese Unie	43 ⁴³⁴²
(a) Algemeen.....	43 ⁴³⁴²
(b) Screening van de eisen die andere lidstaten van de Europese Unie stellen.....	44 ⁴⁴⁴³
(c) Besluit.....	48 ⁴⁸⁴⁷
4 De argumentatie van een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst	49 ⁴⁹⁴⁸

Stibbe

4.1	Structuur van de voorbeeldargumentatie van de beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst.....	<u>4948</u>
4.2	Richlijnen bij de opmaak van een argumentatie	<u>5049</u>
4.3	Voorbeeldargumentatie met betrekking tot de vier doelstellingen van het decreet IHB	<u>5352</u>
(a)	Doelstelling één: het creëren van duurzame vestigingsmogelijkheden, m.i.v. het vermijden van ongewenste kleinhandelslinten	<u>5453</u>
(i)	Algemeen	<u>5453</u>
(ii)	Toepassing in casu	54
(b)	Doelstellingen twee en drie: het waarborgen van een toegankelijk aanbod voor consumenten én het waarborgen en versterken van de leefbaarheid in het stedelijk milieu.....	<u>5756</u>
(i)	Algemeen	<u>5756</u>
(ii)	Toepassing in casu.....	58
(c)	Doelstelling vier: het bewerkstelligen van een duurzame mobiliteit... ..	<u>6564</u>
(i)	Algemeen	<u>6564</u>
(ii)	Toepassing in casu.....	<u>6564</u>

EXECUTIVE SUMMARY

In het voorliggend advies wordt de verhouding tussen de dienstenrichtlijn en de instrumenten van het decreet IHB onderzocht op grond van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, de rechtspraak van de Raad van State en de Legal Study van de Europese Unie.

Meer bepaald hebben wij onderzocht in welke mate een bestuur op wettige wijze een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst in een beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid, RUP, een stedenbouwkundige verordening, een omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten of in een handelsvestigingsconvenant kan voorzien.

Wat betreft het beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid, rijst o.i. alvast geen probleem. Dit beleidsinstrument is niet bindend, zodat het geen “*eisen*”, zoals bedoeld in artikel 4, 7) van de Dienstenrichtlijn, bevat en niet aan de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn moet worden getoetst. De overige instrumenten van het decreet IHB kunnen wel dergelijke “*eisen*” bevatten, zodat deze instrumenten wel aan de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn moeten worden getoetst.

Uit een screening van de onderzochte rechtspraak en de Legal Study blijkt het volgende:

- de beperking mag nooit neerkomen op een eis zoals opgesomd in artikel 14 van de Dienstenrichtlijn;
- de beperking moet voorts gerechtvaardigd zijn, hetgeen cumulatief veronderstelt dat:
 - de beperking geldt **zonder onderscheid** naar nationaliteit of, wat betreft vennootschappen, naar de plaats van statutaire zetel.
 - de beperking is ingegeven door een **dwingende reden van algemeen belang**.

De doelstellingen van het decreet IHB zijn dergelijke dwingende redenen van algemeen belang en komen in wezen overeen met drie doelstellingen die door het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds eerder zijn aanvaard: milieubescherming, de ruimtelijke ordening en consumentenbescherming. Dergelijke motieven worden ook in andere lidstaten van de Europese Unie aangewend om beperkingen aan kleinhandelsactiviteiten te stellen.

Over het algemeen toont het Hof van Justitie van de Europese Unie zich soepel bij de beoordeling van deze vereiste. Het mag evenwel niet om schijnmotieven gaan. Zo mag het motief om een voldoende toegankelijk en gevarieerd aanbod aan kleinhandel voor de consument geen schijnmotief zijn om in wezen de bestaande

handelszakente beschermen. Economische motieven zijn te allen tijde uit den boze.

Het verdient, gelet op de motiveringsplicht die op elk bestuur rust, aanbeveling om het bestaan van de dwingende reden van algemeen belang aan te tonen, in voorkomend geval door te verwijzen naar publiek bekende beleidsdocumenten (zoals het beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid of ruimtelijke structuurplannen) of, al naargelang het geval, door te verwijzen naar studies (zoals een milieueffectrapport of een mobiliteitsstudie).

- de beperking geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken en de beperking gaat niet verder dan nodig om dat doel te bereiken. Dit is de zgn. **evenredigheidstoets**.

Het vervuld zijn van deze voorwaarde zal in de praktijk tot de meeste discussie aanleiding geven.

De evenredigheidstoets bestaat in wezen uit twee stappen:

- (i) is de beperking geschikt om het beoogde doel te bereiken. Dit komt in wezen neer op een beoordeling van het causaal verband tussen de beperking en het beoogde doel, bijv. worden negatieve mobiliteitseffecten vermeden door grootschalige detailhandel of grotere supermarkten te verbieden op een bepaalde locatie.

De beperking moet ook coherent en systematisch worden nagestreefd. Het bestuur moet immers consistent zijn in het opleggen van beperkingen: indien grote elektro- of voedingszaken op een bepaalde locatie worden verboden, gelet op de bestaande verzadiging van het verkeer en de verkeersgenererende werking van dergelijke zaken, dan moet deze redenering worden doorgetrokken naar voor alle detailhandelszaken met een vergelijkbare verkeersgenererende werking.

- (ii) bestaan er minder beperkende maatregelen om het beoogde doel te bereiken. Een algemeen verbod op een bepaalde subcategorie van kleinhandelsactiviteiten omwille van de milieueffecten, is niet evenredig als deze milieueffecten kunnen worden gemilderd en aanvaardbaar zijn door het opleggen van oppervlaktebeperkingen. Een algemeen verbod op elke vorm van kleinhandel in de periferie lijkt eveneens onevenredig wanneer dit verbod tot doel heeft om te verzekeren dat eerder kleinschalige kleinhandelsactiviteiten zich in de handelskern vestigen. In dat geval zou bijv. het werken met minimale oppervlakten beter geschikt zijn om dit doel te bereiken.

De vraag of er minder beperkende maatregelen beschikbaar zijn, is een feitenkwestie en moet blijken uit het administratief dossier. Het is evenwel zaak dat het bestuur steeds onderzoekt of aan deze voorwaarde is voldaan en zulks ook motiveert.

Bij de beoordeling van de evenredigheid van de beperking moet in de huidige stand van de rechtspraak worden nagegaan of de beperking *“een aanzienlijke invloed heeft op de mogelijkheden voor exploitanten om hun diensten te verrichten”*. Een algemeen verbod op kleinhandelsactiviteiten is in beginsel niet toegelaten.

Het komt ons als noodzakelijk voor dat het bestuur motiveert dat een beperking evenredig is met zijn doelstelling en dat de toegang tot en de uitoefening van de kwestieuze kleinhandelsactiviteit niet wordt verboden, m.a.w. dat er voor de exploitanten in kwestie alternatieven beschikbaar zijn. Bij gebreke aan enige alternatieven zou kunnen worden geargumenteed dat met de beperking een niet-toegelaten algemeen verbod wordt opgelegd.

Het komt aan het bestuur toe om, op zorgvuldige wijze, een motivering te formuleren inzake de geschiktheid van de beperking evenals de redenen waarom minder beperkende maatregelen niet afdoende zijn ter realisatie van de beoogde doelstelling. Slechts in geval van een uitgebreide en afdoende motivering zou een algemeen verbod kunnen worden gerechtvaardigd.

De argumentatie van het bestuur moet steeds blijk geven van een toets aan voormelde cumulatieve voorwaarden, temeer aangezien het bestuur ook onderworpen is aan de motiveringsplicht.

1 WETTELIJK KADER

1.1 Het wettelijk kader vanuit Europeesrechtelijk perspectief

(a) *De artikelen 49 en 56 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*

1 Overeenkomstig artikel 49 van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: “VWEU”) zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden.

In wezen is verboden elke nationale maatregel die de uitoefening van artikel 49 VWEU kan belemmeren of minder aantrekkelijk maken.¹

2 Artikel 56 VWEU vereist de opheffing van iedere beperking van de vrijheid van dienstverrichting die inhoudt dat de werkzaamheden van de dienstverrichter die in een andere lidstaat is gevestigd en aldaar rechtmatig soortgelijke diensten verricht, worden verboden, belemmerd of minder aantrekkelijk worden gemaakt. Deze verplichting geldt ook indien deze beperking zonder onderscheid geldt voor binnenlandse dienstverrichters en dienstverrichters uit andere lidstaten.²

Het Hof van Justitie heeft reeds meermaals geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die een vergunning vereist voor de exploitatie van een dienstverrichting, een beperking van de vrijheid van dienstverrichting in de zin van artikel 56 VWEU vormt.³

3 Een beperking op het vrij verkeer van vestiging en van diensten kan niettemin objectief worden gerechtvaardigd op grond van de volgende voorwaarden⁴:

- de doelstelling die met de nationale regeling wordt nagestreefd, behoort tot een dwingende vereiste van algemeen belang;
- de beperking is geschikt om de verwezenlijking van de dwingende vereiste van algemeen belang te waarborgen;

¹ HvJ 30 november 1995, zaak nr. C-55/94, *Gebhard*, par. 37.

² HvJ 22 juni 2017, zaak nr. C-49/16, *Unibet International Ltd*, par. 32; HvJ 8 september 2009, zaak nr. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, par. 51.

³ Zie bijv. HvJ 15 oktober 2015, zaak nr. C-168/14, *Grupo Itevelesa S.L.*, par. 67-69 (betreffende de technische controle van voertuigen), HvJ 30 april 2014, zaak nr. C-390/12, *Robert Pflieger*, par. 39 (inzake een vergunningsstelsel voor kansspelautomaten); HvJ 12 juli 2012, zaak nr. C-176/11, *HIT hoteli, igranice, turizem dd Nova Gorica*, par. 18 (inzake een vergunningsstelsel voor het promoten van kansspelactiviteiten); HvJ 9 augustus 1994, zaak nr. C-43/93, *Vander Elst*, par. 15 (inzake werkvergunningen).

⁴ De rechtspraak inzake de rechtvaardigingsgronden op artikel 56 VWEU van het Hof van Justitie van de Europese Unie is *legio*. Zie hierover in het algemeen C. BARNARD, *The substantive law of the EU*, Oxford, OUP, 2007, 312-315 en 370 e.v.

- de beperking gaat niet verder dan noodzakelijk om het nagestreefde doel te verwezenlijken (evenredigheidstoets).

In sommige gevallen geeft het Hof van Justitie van de Europese Unie aan de lidstaten, *c.g.* aan de verwijzende rechter ruimte om zelf na te gaan of voormelde voorwaarden zijn vervuld. Soms gaat het Hof echter zelf over tot een toetsing van de maatregel aan voormelde voorwaarden. De gestrengheid van het Hof hangt af van geval tot geval en ook van de materie waarover het Hof moet oordelen.

(b) **De Dienstenrichtlijn**

4 De Dienstenrichtlijn voorziet in algemene bepalingen ter vergemakkelijking van de uitoefening van de vrijheid van vestiging van dienstverrichters en het vrije verkeer van diensten. De Dienstenrichtlijn heeft immers tot doel de totstandkoming van een Europese interne markt voor diensten.

5 Artikel 2 van de Dienstenrichtlijn bepaalt het toepassingsgebied: lid 1 bepaalt dat de richtlijn van toepassing is “*op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd*” en leden 2 en 3 voorzien in een aantal uitzonderingen op het toepassingsgebied.

6 Vervolgens komen in de Dienstenrichtlijn de inhoudelijke verplichtingen van de lidstaten aan bod:

- hoofdstuk II (artikelen 5-8) verplicht de lidstaten tot administratieve vereenvoudiging door middel van “*één-loketten*” en het voorzien van elektronische procedures;
- hoofdstuk III (artikelen 9-15) is van toepassing op de vrijheid van vestiging (en bijv. niet op grensoverschrijdende dienstverlening) en viseert meer bepaald die gevallen waarin een bedrijf zich in een lidstaat wil vestigen.⁵ Afdeling 1 van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn heeft betrekking op de vergunningsstelsels in een lidstaat, terwijl afdeling 2 aangeeft welke vestigingseisen verboden zijn;
- hoofdstuk IV (artikelen 16-21) is van toepassing op de grensoverschrijdende dienstverlening. Het gaat om de gevallen waarin een dienstverlener in een lidstaat is gevestigd en naar een andere lidstaat gaat om daar diensten te verlenen. Afdeling 1 van hoofdstuk IV van de Dienstenrichtlijn heeft betrekking op de dienstverleners, terwijl afdeling 2 betrekking heeft op de rechten van de afnemers van diensten;

⁵ Europese Commissie, Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn, 2007, 25.

Stibbe

- hoofdstuk V (artikelen 22-27) heeft betrekking op de kwaliteit van diensten;
- hoofdstuk VI (artikelen 28-36) regelt de administratieve samenwerking tussen de lidstaten;
- hoofdstuk VII (artikelen 37-43) heeft betrekking op de doorlichting van wetgeving en wederzijdse beoordeling van de nationale regelgeving van de lidstaten;
- hoofdstuk VIII (artikelen 44-46) voorziet in een aantal slotbepalingen.

1.2 Het wettelijk kader vanuit Vlaams perspectief

(a) *De doelstellingen van het decreet IHB*

7 Het decreet IHB biedt thans de rechtsgrond voor het Vlaams integraal handelsvestigingsbeleid.

Het integraal handelsvestigingsbeleid is overeenkomstig artikel 4 van het decreet IHB gericht op de volgende doelstellingen⁶:

1° het creëren van duurzame vestigingsmogelijkheden voor kleinhandel, met inbegrip van het vermijden van ongewenste kleinhandelslinten

In het kader van deze doelstelling is het essentieel dat de ruimte wordt gebruikt op een wijze die aansluit bij de behoeften van het heden zonder de toekomstige behoeften in gevaar te brengen. Te dezen is bijzondere aandacht te besteden aan het vermijden van verdere kleinhandelslinten.

2° het waarborgen van een toegankelijk aanbod voor consumenten

De afstand en de bereikbaarheid van de dienstverlenende voorzieningen voor consumenten betreft tevens één van de doelstellingen. Het betreft een sociale en een ruimtelijke doelstelling. Een concrete uitwerking van deze doelstelling zou zijn: het situeren van winkels in bevolkingsconcentraties, zodat de noodzaak tot grote verplaatsingen afneemt.

3° het waarborgen en versterken van de leefbaarheid in het stedelijk milieu, met inbegrip van het versterken van kernwinkelgebieden

Met deze doelstelling beoogt de decreetgever om binnen de stedelijke gebieden een breed, gevarieerd en toegankelijk winkelaanbod te voorzien, verweven met andere functies. Zonder breed en gevarieerd winkelaanbod verliezen de steden immers aan aantrekkingskracht. Een

⁶ Zie *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 767/1, 44-47.

Stibbe

weldoordacht handelsvestigingsbeleid bevordert de sociale cohesie en de duurzame verweving van handelsvestigingen met andere maatschappelijke functies en wordt het stedelijk milieu gewaarborgd of versterkt.

Dit wil niet zeggen dat ontwikkelingen in het buitengebied niet meer kunnen plaatsvinden. Er zal echter moeten worden getoetst of het stedelijk milieu, in het bijzonder het breed en gevarieerd winkelaanbod in de kernwinkelgebieden en in de kernen, niet structureel wordt bedreigd. Ook de bestaande leegstand en de leegstandsdynamiek zijn aspecten die kunnen worden meegenomen in het beoordelen van de leefbaarheid van het stedelijk milieu.

4• het bewerkstelligen van een duurzame mobiliteit

Te vermijden is tot slot dat dienstverlening een significante negatieve impact op de bestaande mobiliteitssituatie met zich meebrengt. Bij de beoordeling of een bepaalde activiteit al dan niet leidt tot een ongewenste mobiliteitsimpact worden de volgende elementen in acht genomen: de invloed op verkeersstromen rekening houdend met de wegecapaciteit, de invloed op de parkeerdruk, de invloed op de verkeersveiligheid, de bereikbaarheid van de vestiging met het openbaar vervoer en de individuele transportmiddelen en de mogelijke remediërende maatregelen.

De decreetgever beschouwt deze doelstellingen als dwingende redenen van algemeen belang dewelke het bestaan van een vergunningsstelsel als beperking op het vrij verkeer van vestiging en diensten rechtvaardigt.⁷

Tot slot is te benadrukken dat de voormelde vier doelstellingen zowel het kader op visie- en planniveau als op vergunningsniveau vormen bij het nemen van de bestuurlijke beslissingen inzake handelsvestigingen.⁸

(b) *De instrumenten ter verwezenlijking van het integraal handelsvestigingsbeleid*

8 Het decreet IHB voorziet in een aantal instrumenten ter uitvoering van de doelstellingen vermeld in artikel 4 van het decreet IHB.

⁷ Parl.St. VI.Parl. 2015-2016, nr. 767/1, 20 en 47.

⁸ Parl.St. VI.Parl. 2015-2016, nr. 767/1, 47.

Stibbe

(i) *Het beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid*

9 Vooreerst voorziet hoofdstuk 2 van het decreet IHB in de mogelijkheid om een **beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid** vast te stellen. Overeenkomstig artikel 7 van het decreet IHB kan dit beleidskader in een ruimtelijk structuurplan worden geïntegreerd.

Het betreft een richtinggevend document waarin geen verordenende voorschriften of bepalingen zijn opgenomen.⁹

Een dergelijk beleidskader *kan* op Vlaams, provinciaal en gemeentelijk niveau worden opgemaakt. Zij zijn hiertoe dus niet verplicht.

(ii) *De ruimtelijke uitvoeringsplannen en stedenbouwkundige verordeningen*

10 Overeenkomstig artikel 10 van het decreet IHB kunnen gemeentelijke of provinciale **ruimtelijke uitvoeringsplannen** (hierna: “RUP”) en gemeentelijke of provinciale **stedenbouwkundige verordeningen**:

“1° kernwinkelgebieden¹⁰ en winkelarme gebieden afbakenen;

2° normen bevatten betreffende de oppervlakte van de categorieën van kleinhandelsactiviteiten, vermeld in artikel 3;

3° deze normen differentiëren al naargelang het bestaande, dan wel nieuwe kleinhandelsbedrijven en handelsgehelen betreft.”¹¹

Deze bepaling moet het gemeentelijk en provinciaal bestuur aldus toelaten om proactief te bepalen welke categorieën van kleinhandel op een bepaalde site al dan niet kunnen en aan welke maximale oppervlakten. Een en ander moet toelaten om in te spelen op de verschillende impact op de doelstellingen van het decreet IHB die van de categorieën van kleinhandel uitgaat.¹²

⁹ *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 767/1, 48. Zie ook RvS 24 juni 2014, nr. 227.827, nv Nobel waarin de Raad een richtlijn met betrekking tot het inplanten van handelsvestigingen in Turnhout heeft vernietigd omdat deze richtlijn *de facto* bindend was en de discretionaire bevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen denatureerde.

¹⁰ Deze mogelijkheid is enkel voor de gemeenten voorzien.

¹¹ Voor wat betreft de gemeentelijke RUP's wordt tevens voorzien om de termijnen vanaf wanneer de omgevingsvergunningsplicht voor kleinhandelsactiviteiten geldt, te verkorten.

¹² *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 767/1, 54.

Een RUP kan overeenkomstig artikel 10, § 2 van het decreet IHB tevens “*kleinhandelszones*” afbakenen. Dit is een gebied voor de vestiging van kleinhandelsbedrijven en handelsgehelen (cf. artikel 2, 6° van het decreet IHB).

(iii) *De omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten*

11 Artikel 11 van het decreet IHB bepaalt het toepassingsgebied van de vergunningsplicht voor de **omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten**.

De toepasselijke vergunningsprocedure loopt overeenkomstig het decreet van 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning (hierna: het “*OVD*”).¹³

De beoordelingsgronden van de omgevingsvergunning voor kleinhandel worden in artikel 13 van het decreet IHB opgesomd. In dat verband bepaalt het laatste lid van artikel 13 van het decreet IHB uitdrukkelijk dat de beoordeling van de vergunningsaanvraag niet kan gebeuren “*op basis van de toepassing per geval van economische criteria waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van economische planning.*” Met deze bepaling zocht de decreetgever aansluiting bij de Dienstenrichtlijn.¹⁴

(iv) *De handelsvestigingsconvenanten*

12 Tot slot voorziet artikel 14 van het decreet IHB in de mogelijkheid tot het sluiten van **handelsvestigingsconvenanten**.¹⁵

Het betreft een beleidsovereenkomst die een of meer gemeenten en een of meer ontwikkelaars of exploitanten van kleinhandelsbedrijven of handelsgehelen op vrijwillige basis kunnen sluiten en waarin afspraken worden gemaakt over:

“1° een rationeel aanbod- en locatiebeleid;

2° gezamenlijke initiatieven en de bekostiging daarvan;

¹³ Het OVD treedt thans, voor wat de gemeentelijke projecten betreft, op 1 januari 2018 in werking. Het OVD is reeds in werking getreden voor wat de provinciale en Vlaamse projecten betreft.

¹⁴ *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 767/1, 66.

¹⁵ Zie hiervoor ook en meer uitgebreid ons advies aan Vlaio betreffende de handelsvestigingsconvenanten.

Stibbe

3° de participatie in het kernversterkende beleid van de betrokken gemeenten;

4° inspanningsverbintenissen van de gemeenten op het vlak van de facilitering van de stabiliteit van het lokale handelsvestigingsbeleid.”

In het handelsvestigingsconvenant kan een gemeente aldus met een ontwikkelaar concrete afspraken maken om het integraal handelsvestigingsbeleid uit te voeren.

2 DE VERHOUDING TUSSEN DE DIENSTENRICHTLIJN EN DE INSTRUMENTEN VAN HET DECREET IHB

2.1 Is de Dienstenrichtlijn van toepassing op de instrumenten van het decreet IHB

(a) Valt detailhandel onder het vrij verkeer van vestiging en diensten?

13 Vooreerst rijst de vraag of detailhandel onder het vrij verkeer van vestiging en diensten (artikelen 49 en 56 VWEU) dan wel het vrij verkeer van goederen (artikel 36 VWEU) valt.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft deze vraag recent in de gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16 positief beantwoord.¹⁶ Het Hof wijst erop dat detailhandel te beschouwen is als een economische activiteit, die niet is uitgesloten van de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn. Het Hof wijst in dit kader op overweging 33 van de Dienstenrichtlijn, waarin wordt beklemtoond dat de Dienstenrichtlijn betrekking heeft op “*zeer diverse, voortdurend veranderende activiteiten*”, zodat de distributiehandel daar ook is inbegrepen. Bovendien wijst het Hof er op dat de voorschriften van het bestemmingsplan¹⁷ dat ter beoordeling voorlag, betrekking hebben op de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van goederen zelf. Het Hof wijst tot slot naar de nuttige werking van de Dienstenrichtlijn, die zou worden ondermijnd als een activiteit als detailhandel niet binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn zou vallen. De activiteit die bestaat uit detailhandel in goederen zoals schoenen en kleding dient daarom volgens het Hof te worden beschouwd als een “*dienst*”.¹⁸

Het Hof treedt het standpunt ook niet bij dat de toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn afhangt van een voorafgaande analyse van het gewicht van het aspect betreffende het vrij verrichten van diensten (d.i. een onderzoek naar het zwaartepunt van de maatregel om uit te maken of de maatregel onder het vrij verkeer van goederen of het vrij verkeer van diensten valt).¹⁹ Een dergelijke analyse zou volgens het Hof ook tot moeilijkheden leiden. Het Hof overweegt met name als volgt:

“Een dergelijke analyse zou bovendien een zeer bijzondere ingewikkeldheid meebrengen voor de detailhandel in goederen, die thans behalve de rechtshandeling verkoop een toenemend aantal nauw met elkaar verband houdende activiteiten of diensten omvat die tot doel hebben om de consument ertoe aan te zetten die handeling met een bepaalde marktdeelnemer en niet met een andere te

¹⁶ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*.

¹⁷ Cf. *infra*, randnummer 27.

¹⁸ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 88-91 en 93.

¹⁹ Bedoeld wordt een onderzoek naar het zwaartepunt van de maatregel: het regelen van het vrij verkeer van goederen vs het vrij verkeer van diensten.

verrichten, hem advies te geven en hem bij te staan bij het verrichten van die handeling alsook klantenservice aan te bieden, en die afhankelijk van de betrokken winkelier aanzienlijke verschillen kunnen vertonen.”²⁰

Het Hof wijst aldus op het (soms) moeilijke onderscheid tussen een goederentransactie en een dienstverlening, zodat het niet wenselijk wordt geacht om steeds een beoordeling over het “zwaartepunt van de maatregel” geval per geval te maken. Een dergelijke beoordeling geval per geval zou de doelgerichte harmonisatie van de Dienstenrichtlijn ook ondermijnen.²¹

(b) **Vallen de instrumenten van het decreet IHB onder de Dienstenrichtlijn?**

14 Verder dient te worden onderzocht of de instrumenten van het decreet IHB onder de Dienstenrichtlijn vallen.

Dit is o.i. alleszins het geval voor wat betreft de omgevingsvergunning en het handelsvestigingsconvenant.²²

15 Of een RUP onder het toepassingsgebied van de Dienstenrichtlijn valt, is evenwel geen uitgeklaarde zaak.

Overweging negen bij de Dienstenrichtlijn stelt immers dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is op “voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stede[n]bouw”.

Het Hof heeft, in navolging van de advocaat-generaal, in de de gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16 geoordeeld dat een bestemmingsplan niet als een “vergunningstelsel” kan worden beschouwd. Een bestemmingsplan bestaat volgens het Hof immers niet uit een “formeel besluit dat is verkregen in het kader van stappen die de dienstverrichters daartoe hadden moeten nemen”²³.

Het Hof is echter wel van oordeel dat een bestemmingsplan “eisen” kan bevatten die strijdig zijn met de Dienstenrichtlijn:

“123 Richtlijn 2006/123 dient dus geen toepassing te vinden op eisen die niet kunnen worden geacht dergelijke beperkingen te vormen omdat zij niet de toegang tot een activiteit in verband met diensten specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar door de dienstverrichters in acht moeten

²⁰ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 95.

²¹ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 96.

²² Wat betreft de handelsvestigingsconvenanten, zie hiervoor het advies dd. 24 maart 2017 dat wij ter zake aan Vlaio hebben bezorgd.

²³ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 115.

worden genomen in de uitoefening van hun economische activiteit, op dezelfde wijze als door personen die handelen als particulier.

124 Na deze precisering moet worden vastgesteld dat de voorschriften in het hoofdgeding, ook al zijn zij, zoals uit de verwijzingsbeslissing volgt, gericht op het behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum van de gemeente Appingedam en op het voorkomen van leegstand in binnenstedelijk gebied in het kader van ruimtelijk beleid, niettemin als specifiek doel hebben om de geografische zones aan te wijzen waar bepaalde activiteiten in verband met detailhandel zich kunnen vestigen. Zij zijn daarmee enkel gericht tot de personen die die activiteiten in die geografische gebieden willen gaan ontwikkelen, met uitsluiting van personen die handelen als particulier.

125 De in de verwijzingsbeslissing vermelde rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 8 mei 2013, *Libert e.a.* (C-197/11 en C-203/11, EU:C:2013:288, punten 103-107), staat aan die conclusie niet in de weg. Het Hof heeft in dat arrest immers, na in punt 104 overweging 9 van richtlijn 2006/123 te hebben vermeld, in de punten 105 en 106 beklemtoond dat de diensten die door de betrokken nationale maatregel werden geraakt uitdrukkelijk vielen onder de uitsluiting, in artikel 2, lid 2, onder j), van die richtlijn, voor diensten betreffende sociale huisvesting, en heeft dus in punt 107 van hetzelfde arrest vastgesteld dat genoemde richtlijn op die maatregel niet van toepassing was.

126 In die omstandigheden moet de verenigbaarheid van de voorschriften in het hoofdgeding met richtlijn 2006/123 worden getoetst aan de artikelen 14 en 15 van die richtlijn, betreffende verboden of aan evaluatie onderworpen eisen.²⁴

16 Een stedenbouwkundig voorschrift (bijv. de bestemming “woongebied”) dat niet is opgesteld met het oog op het reguleren van een specifieke dienst of economische activiteit is inderdaad neutraal uit zijn aard en kan derhalve niet als een “vergunningsstelsel” of “eis” in de zin van de Dienstenrichtlijn worden beschouwd.²⁵ Dergelijke algemene vereisten zijn als het ware de spelregels waaraan iedereen moet voldoen.²⁶

²⁴ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 123-126.

²⁵ C. BARNARD trekt de analogie met “productvereisten” en “verkoopmodaliteiten” (onderscheid dat het Hof van Justitie van de Europese Unie voor het eerst maakte in de zaak HvJ 24 november 1993, zaak nr. C-267/91, *Keck en Mithouard*, par. 16). De productvereisten vallen onder het vrij verkeer van goederen en zijn in beginsel verboden. Verkoopmodaliteiten die op alle marktdeelnemers, die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, van toepassing zijn en die zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten, zijn niet verboden. Een algemeen stedenbouwkundig voorschrift is, net zoals de verkeersregels, daarom niet verboden. De Dienstenrichtlijn viseert dergelijke regels niet: C. BARNARD, *The substantive law of the EU*, Oxford, OUP, 2007, 375.

²⁶ Cf. HvJ 11 april 2000, zaak nr. C-51/96, *C. Delliège*, par. 64. In deze zaak betrof het selectieregels voor internationale sportwedstrijden. Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie leiden selectieregels voor dergelijke wedstrijden onvermijdelijk tot een beperking van het aantal deelnemers aan een toernooi, doch is een dergelijke beperking inherent aan het verloop van een internationale sportwedstrijd op topniveau, die noodzakelijkerwijs de vaststelling van bepaalde regels of bepaalde selectiecriteria impliceert. Dergelijke regels kunnen op zich dan ook niet aangemerkt worden als een bij artikel 56 VWEU verboden beperking van de vrijheid van dienstverrichting.

Stibbe

Indien daarentegen sprake is van een voorschrift dat specifiek tot doel heeft om de toegang tot of de uitoefening van een dienst te reguleren of te beïnvloeden, dan komt deze regel wel binnen het vaarwater van de Dienstenrichtlijn.

Zulks lijkt ons het geval voor wat betreft stedenbouwkundige voorschriften die specifiek kleinhandel reguleren. Overeenkomstig artikel 10 van het decreet IHB kan een RUP kleinhandelsactiviteiten beperken en kan dit bovendien bepaalde kleinhandelsactiviteiten bovendien uitsluiten. Een dergelijk voorschrift is niet langer neutraal maar een eis die onder de Dienstenrichtlijn ressorteert.

De toepasselijkheid van de Dienstenrichtlijn op bestemmingsplannen kan dan ook niet *a priori* worden uitgesloten. Eerder moet er worden gekeken naar de precieze inhoud van het bestemmingsplan: bevat het bestemmingsplan bepaalde maatregelen die specifiek gericht zijn tot dienstverleners en worden de dienstverlenende activiteiten hiermee beperkt of zelfs onmogelijk gemaakt? In voorkomend geval, zijn de in het bestemmingsplan opgenomen voorschriften te beschouwen als een “*eis*” die aan de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn moeten worden getoetst.

17 Wat betreft tot slot het beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid, moet o.i. worden vastgesteld dat dit instrument geen “*vergunningsstelsel*” is.

Het beleidskader is voorts uit zijn aard niet juridisch bindend, zodat het bijgevolg ook geen “*vergunningsstelsel*” of “*eis*” in de zin van de Dienstenrichtlijn bevat.

De beleidskaders integraal handelsvestigingsbeleid zijn evenwel van belang voor de rechtvaardiging van een beperking op de toegang tot of de uitoefening op een dienst. Immers, het beleidskader zal in de praktijk de motieven bevatten waarnaar een RUP, een omgevingsvergunning of een handelsvestigingsconvenant kan verwijzen ter staving van de dwingende redenen van algemeen belang.

Hoewel het beleidskader aldus zelf geen beperkingen bevat omdat het niet juridisch bindend is, is dit instrument wel van groot belang om het gewenste beleid inzake kleinhandel in de praktijk in juridisch verbindende instrumenten af te dwingen.

(c) *Valt de beperking onder de Dienstenrichtlijn?*

18 Wij wijzen er tot slot op dat een bestuur dient na te gaan of de voorgenomen beperking onder het toepassingsgebied van de Dienstenrichtlijn valt.

Overeenkomstig artikel 2.1 van de Dienstenrichtlijn is de richtlijn immers maar van toepassing op de “*diensten*” van “*dienstverrichters*” die in een lidstaat zijn gevestigd.

Bovendien bevat artikel 2.2 van de Dienstenrichtlijn een hele reeks uitzonderingen op artikel 2.1. In de mate dat een beperking op een activiteit de toegang belemmert voor een dienstverlener van een dienst die in artikel 2.2 van de Dienstenrichtlijn is opgesomd, dan kan het bestuur volstaan met de vaststelling dat de Dienstenrichtlijn niet van toepassing is, zodat de motivering van een beslissing van het bestuur zich niet over deze richtlijn moet uitstrekken.

Hierbij moet wel meteen het volgend voorbehoud worden gemaakt: het is niet omdat een dienst niet onder de Dienstenrichtlijn valt dat het bestuur vrij spel heeft om eender welke beperking op te leggen. De dienstverrichter kan zich immers nog steeds beroepen op de fundamentele vrijheden van de Europese Unie, inzonderheid de artikelen 49 en 56 VWEU, zodat de nood aan een afdoende motivering op de beperking van het vrij verkeer van dienstverlening alsnog rijst, weze het binnen een ander juridisch kader.²⁷

2.2 Onderscheid “vergunningstelsel” en “eisen”

19 De Dienstenrichtlijn maakt een onderscheid tussen, enerzijds, een “*vergunningstelsel*” (afdeling 1) en, anderzijds, “*verboden of aan beoordeling onderworpen eisen*” (afdeling 2):

- als een “*vergunningstelsel*” moet worden beschouwd: “*elke procedure die voor een dienstverrichter of afnemer de verplichting inhoudt bij een bevoegde instantie stappen te ondernemen ter verkrijging van een formele of stilzwijgende beslissing over de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit*” (artikel 4, 6) van de Dienstenrichtlijn).

Een vergunningstelsel is aldus de specifieke procedure die de dienstverrichter moet doorlopen opdat hij zijn dienst kan verrichten. De omgevingsvergunningsprocedure voor kleinhandelsactiviteiten is bijv. een vergunningstelsel.

De instrumenten ter verwezenlijking van het decreet IHB zijn geen vergunningstelsel in de zin van de Dienstenrichtlijn. Zij hebben een ander doel dan het verlenen van een administratieve toelating tot de dienstenmarkt;

- als een “*eis*” moet worden beschouwd: “*elke verplichting, verbodsbepaling, voorwaarde of beperking uit hoofde van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten of voortvloeiend uit de rechtspraak, de administratieve praktijk, de regels van beroepsorden of de collectieve regels van beroepsverenigingen of andere beroepsorganisaties, die deze in het kader van de hun toegekende juridische bevoegdheden hebben vastgesteld; regels vastgelegd*”

²⁷ Dat dit geen louter theoretisch voorbehoud is, blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In verschillende zaken heeft het Hof immers vastgesteld dat een dienst niet onder de Dienstenrichtlijn valt, zodat de artikelen 9 tot en met 13 of de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn niet dienstig zijn. Het Hof beoordeelde deze zaken echter wel in het licht van de artikelen 49 en 56 VWEU, zie bijv. HvJ 15 oktober 2015, zaak nr. C-168/14, *Grupo Itevelesa*, par. 53; HvJ 26 september 2013, zaak nr. C-536/11, *Ottica New Line di Accardi Vincenzo*, par. 22-23.

in collectieve arbeidsovereenkomsten waarover door de sociale partners is onderhandeld, worden als zodanig niet als eisen in de zin van deze richtlijn beschouwd (artikel 4, 7) van de Dienstenrichtlijn).

Een eis is aldus elke wettelijke en bestuursrechtelijke bepaling of elke administratieve praktijk die een verbod, een voorwaarde of een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst oplegt.

Een RUP, een stedenbouwkundige verordening, een omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten en een handelsvestigingsconvenant kunnen eisen, zoals in voormeld artikel bedoeld, bevatten.

Bijgevolg moeten deze instrumenten enkel worden getoetst aan de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn. Deze bepalingen bepalen immers, enerzijds de zgn. “*verboden eisen*”, en anderzijds de voorwaarden waaronder een eis toelaatbaar kan worden beschouwd.

2.3 De rechtvaardiging van een beperking

(a) Algemeen

20 De Dienstenrichtlijn bevat twee lijsten van “*eisen*”, m.n. de zgn. “*verboden eisen*” en de “*aan een beoordeling onderworpen eisen*”.

21 De “*verboden eisen*” worden als volgt opgesomd in artikel 14 van de Dienstenrichtlijn:

“1) discriminerende eisen die direct of indirect verband houden met de nationaliteit of, voor ondernemingen, met de plaats van de statutaire zetel, waaronder met name:

a) nationaliteitseisen voor de dienstverrichter, zijn personeel, de aandeelhouders of de leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan van de dienstverrichter;

b) de eis dat de dienstverrichter, zijn personeel, de aandeelhouders of de leden van het toezichthoudend of het bestuursorgaan hun verblijfplaats hebben op hun grondgebied;

2) een verbod op het hebben van een vestiging in meer dan een lidstaat of op inschrijving in registers of bij beroepsorden of -verenigingen in meer dan een lidstaat;

3) beperkingen van de vrijheid van de dienstverrichter om tussen een hoofd- of een nevenvestiging te kiezen, met name de verplichting dat de hoofdvestiging van de dienstverrichter zich op hun grondgebied moet bevinden, of beperkingen van de vrijheid om voor vestiging als agentschap, bijkantoor of dochteronderneming te kiezen;

4) wederkerigheidsvoorwaarden ten aanzien van de lidstaat waar de dienstverrichter al een vestiging heeft, behalve in het geval dat dergelijke voorwaarden in een communautair instrument op energiegebied zijn vastgelegd;

5) de toepassing per geval van economische criteria, waarbij de verlening van de vergunning afhankelijk wordt gesteld van het bewijs dat er een economische behoefte of marktvraag bestaat, van een beoordeling van de mogelijke of actuele economische gevolgen van de activiteit of van een beoordeling van de geschiktheid van de activiteit in relatie tot de door de bevoegde instantie vastgestelde doelen van economische planning; dit verbod heeft geen betrekking op planningseisen waarmee geen economische doelen worden nagestreefd, maar die voortkomen uit dwingende redenen van algemeen belang;

6) de directe of indirecte betrokkenheid van concurrerende marktdeelnemers, ook binnen raadgevende organen, bij de verlening van vergunningen of bij andere besluiten van de bevoegde instanties, met uitzondering van beroepsorden en van beroepsverenigingen of andere organisaties die in de hoedanigheid van bevoegde instantie optreden; dit verbod heeft geen betrekking op de raadpleging van organisaties zoals kamers van koophandel of sociale partners over andere aangelegenheden dan individuele vergunningsaanvragen, noch op een raadpleging van het grote publiek;

7) een verplichting tot het stellen van of deelnemen in een financiële waarborg of het afsluiten van een verzekering bij een op hun grondgebied gevestigde dienstverrichter of instelling. Dit belet niet dat de lidstaten een verzekering of financiële garanties als zodanig kunnen verlangen noch dat eisen inzake de deelname in een collectief waarborgfonds worden gesteld, bijvoorbeeld voor leden van een beroepsorde of -organisatie;

8) een verplichting al gedurende een bepaalde periode ingeschreven te staan in de registers die op hun grondgebied worden bijgehouden of de activiteit al gedurende bepaalde tijd op hun grondgebied te hebben uitgeoefend.”

Het opnemen in een RUP, stedenbouwkundige verordening, omgevingsvergunning of handelsvestigingsconvenant van één of meer van voormelde eisen is verboden. De in artikel 14 genoemde eisen kunnen niet worden gerechtvaardigd in het licht van de ene of andere reden van algemeen belang, ook niet op grond van de artikelen 49 of 56 VWEU.²⁸

22 Daarnaast somt artikel 15 van de Dienstenrichtlijn de volgende eisen op:

“a) kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name in de vorm van beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters;

²⁸ HvJ 16 juni 2015, zaak nr. C-593/13, *Rina Services*, par. 28 e.v.

Stibbe

- b) eisen die van de dienstverrichter verlangen dat hij een bepaalde rechtsvorm heeft;*
- c) eisen aangaande het aandeelhouderschap van een onderneming;*
- d) eisen, niet zijnde eisen die betrekking hebben op aangelegenheden die vallen onder Richtlijn 2005/36/EG of die in andere communautaire instrumenten zijn behandeld, die de toegang tot de betrokken dienstenactiviteit wegens de specifieke aard ervan voorbehouden aan bepaalde dienstverrichters;*
- e) een verbod om op het grondgebied van dezelfde staat meer dan één vestiging te hebben;*
- f) eisen die een minimum aantal werknemers vaststellen;*
- g) vaste minimum- en/of maximumtarieven waaraan de dienstverrichter zich moet houden;*
- h) een verplichting voor de dienstverrichter om in combinatie met zijn dienst andere specifieke diensten te verrichten.”*

Voormelde eisen zijn in beginsel verboden, tenzij zij aan de volgende voorwaarden voldoen:

- “a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;*
- b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;*
- c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.” (artikel 15, lid 3 van de Dienstenrichtlijn).*

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt dat de evenredigheidstoets stapsgewijs wordt gecontroleerd:

- vooreerst gaat het Hof na of de beperking geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken. In dat verband wijst het Hof er op dat een nationale wettelijke regeling slechts geschikt is om de verwezenlijking van het beoogde doel te waarborgen, wanneer die verwezenlijking waarlijk coherent en systematisch wordt nagestreefd²⁹;

²⁹ Zie bijv. HvJ 1 juni 2010, zaak nr. C-570/07, *José Manuel Blanco Pérez*, par. 94..

Stibbe

- vervolgens onderzoekt het Hof of het beoogde doel niet door minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Zulks blijkt bijv. uit de zaak *De Coster*.³⁰ In deze zaak betrof het een belasting op schotelantennes. Deze belasting werd opgelegd omdat de gemeente de ongecontroleerde toename van dergelijke antennes op haar grondgebied wilde tegengaan om de kwaliteit van het milieu te bewaren. Hoewel het Hof de beperking geschikte achtte om deze doelstelling te bereiken, was zij van oordeel dat er minder beperkende maatregelen konden worden genomen om dit doel te bereiken, bijv. de vaststelling van voorschriften betreffende de grootte van de antennes, de plaats of de wijze van opstelling ervan op het gebouw of in de omgeving ervan of het gebruik van collectieve antennes.

Of een eis aan voormelde voorwaarden voldoet, hangt af van geval tot geval. Het komt alleszins aan het bestuur toe om dienaangaande een afdoende en formele motivering aan te reiken. In wat volgt, bespreken wij de wijze waarop het Hof van Justitie van de Europese Unie en de Raad van State met dergelijke eisen omgaan.

(b) ***De rechtvaardiging van een beperking***

(i) *Screening van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie*

(A) Rechtspraak in het kader van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn

23 Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich reeds in verschillende zaken over artikel 15 van de Dienstenrichtlijn uitgesproken.

24 In de zaak *Hiebler*³¹ moest het Hof uitspraak doen over een Oostenrijkse regeling waarbij er per district slechts een aantal schoorsteenvegers actief mochten zijn. Er gold aldus een territoriale beperking op de uitoefening van een dienst.

Na te hebben vastgesteld dat deze regeling onder het toepassingsgebied van de Dienstenrichtlijn viel en dat een territoriale beperking onder artikel 15.2, a) van de Dienstenrichtlijn viel, ging het Hof over tot een onderzoek van de rechtvaardiging van de regeling.

Het Hof nam relatief snel aan dat de regeling zonder discriminatie gold (par. 57) en dat zij was ingegeven door een dwingende reden van algemeen belang (met name de bescherming van de volksgezondheid).³²

³⁰ HvJ 29 november 2001, zaak nr. C-17/00, *François De Coster*.

³¹ HvJ 23 december 2015, zaak nr. C-293/14, *Gebhart Hiebler*.

³² HvJ 23 december 2015, zaak nr. C-293/14, *Gebhart Hiebler*, par. 58.

Het Hof toetste de Oostenrijkse regeling vervolgens aan het evenredigheidsbeginsel:

- het Hof nam aan dat de territoriale beperking ervoor kon zorgen dat schoorsteenvegers gelijkmatig over het nationale grondgebied werden verspreid, hetgeen tot een adequate toegang tot activiteiten van schoorsteenvegers leidt en bijgevolg een adequate bescherming van de volksgezondheid waarborgt³³;
- de regeling voorzag echter niet in een afbakening van de geografische districten of in een regeling daarvoor aan de hand van coherente criteria die tot doel hebben te zorgen voor een gelijkmatige verspreiding van de uitoefening door schoorsteenvegers van zowel hun particuliere economische activiteiten als hun taken op het gebied van brandpreventie en brandveiligheid³⁴. Het vigerend criterium betrof enkel het minimumaantal schoorsteenvegers wier activiteit binnen ieder district economisch levensvatbaar moet zijn om te verzekeren dat de taak op het gebied van brandpreventie en brandveiligheid kan worden verzekerd, zonder rekening te houden met de particuliere economische activiteiten van de schoorsteenvegers³⁵. De regeling streefde volgens het Hof dan ook niet coherent en systematisch de doelstelling van bescherming van de volksgezondheid na.³⁶

Deze zaak toont aan dat het Hof er niet voor terugdeinst om een nationale regeling strikt te controleren. Een regeling waarbij een territoriale beperking op de uitoefening van een dienstenactiviteit worden opgelegd, dient niet enkel adequaat te zijn. Zij moet ook coherent zijn.

Deze redenering is niet zonder belang. Zij heeft immers tot gevolg dat:

- indien een bestuur een territoriale beperking oplegt op bepaalde (grootschalige) detailhandel wegens de mobiliteitseffecten of de aanzuigefecten ervan, dan moet dit bestuur consequent zijn en alle vergelijkbare soorten detailhandel verbieden. Anders heeft de maatregel weinig zin.

Indien het bestuur bijv. de verkoop van voeding in het stadscentrum verbiedt wegens de grote mobiliteitseffecten die van dergelijke kleinhandelsactiviteiten uitgaan, dan kan zij niet tegelijk een andere (sub)categorie van kleinhandelsactiviteiten toelaten wanneer de toegelaten (sub)categorie van kleinhandelsactiviteiten vergelijkbare mobiliteitseffecten met

³³ HvJ 23 december 2015, zaak nr. C-293/14, *Gebhart Hiebler*, par. 64.

³⁴ HvJ 23 december 2015, zaak nr. C-293/14, *Gebhart Hiebler*, par. 67.

³⁵ HvJ 23 december 2015, zaak nr. C-293/14, *Gebhart Hiebler*, par. 68.

³⁶ De advocaat-generaal was in deze zaak nog strenger: hij zag niet in hoe de territoriale beperking bijdroeg aan de verbetering van de brandveiligheid of de volksgezondheid. Hij zag vooral problemen met de territoriale beperking die zowel vanuit het perspectief van de schoorsteenveger als vanuit het perspectief van de klant gold (conclusie van advocaat-generaal Szpunar van 16 juli 2015 in zaak nr. C-293/14, *Gebhart Hiebler*, par.47-55).

Stibbe

zich meebrengt. De maatregel is in die omstandigheden als niet coherent en bijgevolg als niet evenredig te beschouwen;

- indien het bestuur de verkoop van goederen voor persoonsuitrusting in de periferie verbiedt om de handelskern te vrijwaren evenals om een voldoende gevarieerd en breed aanbod aan dorpskernbewoners te bieden, dan moet dit verbod toegepast worden op alle soortgelijke kleinhandelsactiviteiten die in de handelskern worden aangeboden. Zo niet, dan neigt de maatregel erg naar het beschermen van één of meerdere welbepaalde zaken. In die omstandigheden is de maatregel niet als coherent te beschouwen.

25 In de zaak *Europese Commissie t. Hongarije*³⁷ betrof het een Hongaarse regeling tot uitgifte van een elektronische kaart waarmee werknemers toegang krijgen tot een reeks specifieke prestaties, nl. het verstrekken van logies, bepaalde diensten op het gebied van vrijetijdsbesteding en maaltijddiensten. De regeling vereiste dat de dienstverlener binnen de vennootschapsgroep waartoe hij behoort de vorm van een handelsvennootschap aannam.

Het Hof stelde vast dat deze eis onder artikel 15, lid 2, b) van de Dienstenrichtlijn viel. Er werd immers vereist dat de dienstverlener een handelsvennootschap is én een dochteronderneming van een handelsvennootschap is. Het Hof wees daarbij op de ruime uitlegging van de in de Dienstenrichtlijn gehanteerde begrippen.³⁸

Het Hof achtte deze regeling voorts niet verenigbaar met artikel 15, lid 3 van de Dienstenrichtlijn. De regeling was immers discriminatoir (enkel voor Hongaarse vennootschappen) én de Hongaarse regering had geen enkel concreet element of argument aangevoerd ter rechtvaardiging van dit onderscheid.³⁹

Uit dit arrest volgt tevens dat de lidstaat de bewijslast draagt om het bestaan van een dwingende reden van algemeen belang te staven en om de evenredigheid van de maatregel aan te tonen.⁴⁰ Een lidstaat mag aldus niet steunen op algemene veronderstellingen om een beperking te rechtvaardigen.

26 In de zaak *Colegiul Medicilor Veterinari din România*⁴¹ wenste een rechtbank in Roemenië te weten of de detailverkoop, het gebruik en de toediening van veterinaire biologische producten,

³⁷ HvJ 23 februari 2016, zaak nr. C-179/14, *Europese Commissie t. Hongarije*.

³⁸ HvJ 23 februari 2016, zaak nr. C-179/14, *Europese Commissie t. Hongarije*, par. 62-63.

³⁹ HvJ 23 februari 2016, zaak nr. C-179/14, *Europese Commissie t. Hongarije*, par. 68-69.

⁴⁰ Zie, weliswaar in het kader van artikel 13 van de Dienstenrichtlijn, ook conclusie van advocaat-generaal Wathelet van 28 juli 2016 in de zaak C-316/15, *Timothy Martin Hemming*, par. 42.

⁴¹ Gekend onder het rolnummer C-297/16 – het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft nog geen uitspraak over deze zaak gedaan.

Stibbe

anti-parasitaire middelen voor speciaal gebruik en geneesmiddelen voor diergeneeskundig gebruik aan dierenartsen mag worden voorbehouden.

Advocaat-generaal Wahl heeft in deze zaak reeds zijn conclusie opgemaakt.⁴²

De advocaat-generaal was van oordeel dat een dergelijke regeling onder artikel 15, lid 2, d) van de Dienstenrichtlijn valt, m.n. eisen die de toegang tot een dienstenactiviteit wegens de specifieke aard ervan aan bepaalde dienstverrichters voorbehouden. Vervolgens onderzocht de advocaat-generaal of de eis overeenkomstig artikel 15, lid 3 van de Dienstenrichtlijn kon worden gerechtvaardigd.

De advocaat-generaal aanvaardde dat de regeling werd ingegeven door een dwingende reden van algemeen belang, m.n. diergezondheid en volksgezondheid.

De advocaat-generaal wees erop dat het aan de lidstaat is om *“aan de hand van nauwkeurige statistische gegevens of met andere middelen, dat redelijkerwijs kan leiden tot het oordeel dat de gekozen middelen geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te bereiken, en dat deze doelstellingen niet kunnen worden bereikt met maatregelen die op minder gespannen voet staan met de fundamentele vrijheid van verkeer, en daarmee met richtlijn 2006/123”*.⁴³

De bewijslast in hoofde van de lidstaat wordt aldus door de advocaat-generaal streng ingevuld.

Vervolgens oordeelde de advocaat-generaal dat de Roemeense regeling geschikt is om het doel van de volksgezondheid te bereiken: het voorbehouden van het recht op de detailverkoop, het gebruik en de toediening van bepaalde producten tot dierenartsen is volgens hem een manier om te verzekeren dat de hoeveelheid voorgeschreven en afgeleverde diergeneesmiddelen beperkt blijft tot hetgeen noodzakelijk is voor de beoogde behandeling of therapie.⁴⁴

Echter, hij achtte het monopolie onevenredig. Met name zag hij niet in waarom uitsluitend dierenartsen een alleenrecht op de detailverkoop hadden. Hij verwees onder meer naar apothekers, die ook van de opleiding farmacie genoten en dus ook bekwaam waren om de producten te verkopen.⁴⁵

Deze zaak, waarover het Hof van Justitie van de Europese Unie weliswaar nog moet oordelen, toont vooreerst opnieuw het belang van een afdoende motivering aan. Het is immers aan de lidstaat om het

⁴² Conclusie van advocaat-generaal Wahl van 21 september 2017 in de zaak C-297/16, *Colegiul Medicilor Veterinari din România*.

⁴³ Conclusie van advocaat-generaal Wahl van 21 september 2017 in de zaak C-297/16, *Colegiul Medicilor Veterinari din România*, par. 73. Zie in die zin HvJ 19 oktober 2016, zaak nr. C-148/15, *Deutsche Parkinson Vereinigung eV*, par. 35-36.

⁴⁴ Conclusie van advocaat-generaal Wahl van 21 september 2017 in de zaak C-297/16, *Colegiul Medicilor Veterinari din România*, par. 74.

⁴⁵ Conclusie van advocaat-generaal Wahl van 21 september 2017 in de zaak C-297/16, *Colegiul Medicilor Veterinari din România*, par. 79.

bestaan van een dwingende reden van algemeen belang en de evenredigheid van de maatregel te staven.

Voorts bevestigt deze zaak het belang van een coherente maatregel: het voorbehouden van de detailverkoop van bepaalde medicinale producten aan dierenartsen, is niet coherent en noodzakelijk om de dierenbescherming te waarborgen. Derden, zoals gewone apothekers zijn – althans volgens de advocaat-generaal in deze zaak – even goed gekwalificeerd om dergelijke detailverkoop te doen.⁴⁶

27 Tot slot is te verwijzen naar de reeds aangehaalde gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16.⁴⁷

In deze zaak betrof het (onder meer) een Nederlands bestemmingsplan waarin een buiten het stadscentrum gelegen gebied wordt aangewezen als winkelgebied met uitsluitend de mogelijkheid tot de realisatie van volumineuze detailhandel. Het bestemmingsplan werd gerechtvaardigd “*vanwege behoud van de leefbaarheid van het stadscentrum en ter voorkoming van leegstand in binnenstedelijk gebied*”.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie werd onder meer gevat om te oordelen of het bestemmingsplan strijdig is met de artikelen 14 en 15 van de Dienstenrichtlijn.

Het Hof overwoog dat de gegevens van de zaak niet toelieten om te besluiten dat de voorschriften van het bestemmingsplan kwalificeren als een eis, zoals bedoeld in artikel 14, lid 5 van de Dienstenrichtlijn, hetwelk het gebruik van economische criteria verbiedt.⁴⁸

Vervolgens wees het Hof erop dat het betrokken bestemmingsplan aan de voorwaarden van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn moet worden getoetst. Het Hof laat het aan de verwijzende rechter om te oordelen of deze voorwaarden al dan niet vervuld zijn. Het Hof wees er wel op dat het bestemmingsplan is ingegeven door een dwingende reden van algemeen belang, zijnde de bescherming van het stedelijk milieu.⁴⁹

Het Hof doet over de evenredigheid van de maatregel geen uitspraak. Dienaangaande kan wel worden verwezen naar de conclusie van advocaat-generaal Szpunar, die terzake het volgende stelt:

“148. De maatregel lijkt evenredig en niet verder te gaan dan wat nodig is om het doel ervan te bereiken. Winkelcentra buiten de binnenstad hebben een zichzelf versterkend effect. Wanneer

⁴⁶ Temeer de detailverkoop in de zaak kennelijk enkel op vertoon van een voorschrift van een dierenarts kon plaatsvinden.

⁴⁷ Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 18 mei 2017 in gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, *college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*.

⁴⁸ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 127-128.

⁴⁹ HvJ 30 januari 2018, gevoegde zaken nr. C-360/15 en C-31/16, *College van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 1132-134.

bepaalde winkels zich eenmaal buiten de stadskern bevinden en de inwoners daar met de auto heen gaan, wordt die locatie ook aantrekkelijker voor andere winkels die tot dusverre in de binnenstad waren gevestigd. De enige manier om de negatieve gevolgen van een verkeerstoename en een lege binnenstad te vermijden is dus om de mogelijkheden voor dienstverrichters om zich buiten de binnenstad te vestigen, te beperken.

149. Van wezenlijk belang is dat de gemeente in het hoofdgeding in dit verband duidelijk heeft gemaakt dat de maatregel het voor dienstverrichters niet onmogelijk maakt om zich in de gemeente als zodanig te vestigen, aangezien er voldoende winkelruimte beschikbaar is tegen betaalbare prijzen.(135) Er zijn inderdaad geen aanwijzingen dat het bestemmingsplan het aantal detailhandelaars in de gemeente indirect beperkt.

150. Zoals gezegd, lijkt er geen reden te zijn om aan te nemen dat de maatregel onevenredig is, maar het is aan de verwijzende rechter om dit te beoordelen. Mocht de verwijzende rechter tot het oordeel komen dat de oppervlakten zodanig beperkt zijn dat dienstverrichters zoals Bristol BV zich niet kunnen vestigen of daarvan worden weerhouden, kan de maatregel de evenredigheidstoets niet doorstaan en zou deze dus op grond van artikel 15 van richtlijn 2006/123 verboden zijn.” (eigen onderlijning).

De uitspraak van het Hof en de conclusie van de advocaat-generaal is vanzelfsprekend van groot belang voor de Vlaamse regelgeving. Uit voormelde aangehaalde overwegingen is immers af te leiden dat:

- het bestaan van een dwingende reden van algemeen belang vrij gemakkelijk wordt aanvaard. Het Hof wijst erop dat de ingeroepen dwingende reden van algemeen belang in wezen betrekking heeft op het ruimtelijk beleid en op mobiliteitsoverwegingen eerder dan economische motieven.

Dit komt overeen met de doelstellingen van het decreet IHB. Deze doelstellingen betreffen immers ook geen economische eisen, maar eerder beleidsoverwegingen.

- een beperking op het niveau van de vestigingsmogelijkheden buiten de stad evenredig kan worden geacht in het licht van de doelstelling die erin bestaat om de negatieve gevolgen van een verkeerstoename en een lege binnenstad te vermijden.

Het is echter de vraag of een bestemmingsplan dat een zone voor volumineuze detailhandel buiten het stadscentrum voorziet wegens de verwachte verkeersgeneratie van dergelijke handelszaken, steeds automatisch de minst beperkende maatregel is om het doel te bereiken.⁵⁰

Met opmerkingen [HE1]: Het is volgens mij niet zo vaak het geval dat bepaalde types detailhandel uit het stadscentrum worden geweerd. Integendeel, het is net in de periferie dat bepaalde types worden geweerd (ten voordelen van de kern), maar men wel mogelijkheden voorziet voor deze types die geen plek hebben (te grote oppervlakten) in het stadscentrum. Wat niet wil zeggen dat er ad hoc bij een vergunningsaanvraag niet soms een grote supermarkt in het centrum wordt geweerd omwille van de verkeersimpact. Grotere handelszaken proactief (planmatig) tegenhouden in het centrum, ben ik nog niet tegen gekomen en zou ook niet in lijn liggen met de filosofie achter het decreet.

Stibbe: Wij hebben de tekst verfijnd, zoals telefonisch besproken, in die zin dat er geen sprake is van een 'verbod' voor grootschalige detailhandelszaken om zich in het stadscentrum te vestigen.

⁵⁰ Wij denken bijv. aan een stedelijk beleid dat gericht is op een integratie van openbaar vervoer met dergelijke grootschalige detailhandel.

Wat er ook van zij, het valt op dat de advocaat-generaal de evenredigheid van de maatregel redelijk gemakkelijk aanvaardt. In andere zaken werden door het Hof van Justitie van de Europese Unie nochtans “*nauwkeurige statistische gegevens*” of “*andere middelen*” gevraagd in het onderzoek of de maatregel daadwerkelijk de nagestreefde doelstelling bereikt. De advocaat-generaal lijkt de bewijslast alvast niet erg hoog te leggen;

- het van wezenlijk belang is dat de dienstverrichter zich nog in de gemeente kan vestigen, zij het buiten het stadscentrum.

Het is echter geenszins een zekerheid dat er buiten het stadscentrum voldoende ruimte voor kleinhandel is. Niettemin lijkt het bestaan van voldoende winkelruimte tegen betaalbare prijzen voor de advocaat-generaal doorslaggevend te zijn opdat de maatregel de evenredigheidstoets doorstaat.⁵¹

Een verbod op de vestiging van bepaalde dienstverrichters wordt aldus maar toegelaten als de dienstverrichter een mogelijkheid heeft dat zij zich elders in de gemeente kan vestigen. Die mogelijkheid zal er in de praktijk niet altijd zijn. Is de *in casu* nagestreefde dwingende vereiste van algemeen belang bijgevolg niet langer evenredig van zodra dit ertoe leidt dat een dienstverrichter zich niet in de gemeente kan vestigen? Gelet op de kwalificatie van par. 149 als determinerend motief lijkt dit wel de conclusie van de advocaat-generaal te zijn: een bestuur is aldus weliswaar gerechtigd om haar eigen ruimtelijke visies en cultureel beleid te voeren, doch dit beleid mag er niet toe leiden dat bepaalde detailhandel zich nergens in de gemeente kan vestigen. Dergelijke situatie zou immers neerkomen op een algemeen verbod op een bepaalde vorm van detailhandel voor, hetgeen de Dienstenrichtlijn net wil voorkomen.

Tot slot merken wij op dat het bestuur waakzaam moet zijn wanneer het alternatieven voor bepaalde vormen van detailhandel voorziet. Het is van belang om voldoende oppervlakte voor bepaalde vormen van detailhandel te voorzien, zodat de dienstverrichter zich in de gemeente kan vestigen. Het komt aan het bestuur toe om te waarborgen dat deze oppervlakte voorhanden is. Het kleinhandelsbeleid dient immers kleinhandelslinten te vermijden door te voorzien in ruimtelijk doordachte concentraties waar bepaalde types van detailhandelszaken zich kunnen vestigen.

Het standpunt van de advocaat-generaal kan o.i. aldus tot een spanningsveld leiden tussen de verschillende doelstellingen van het decreet IHB: een bestuur kan specifieke types detailhandel of handelszaken met bepaalde oppervlaktematen of een verkeersgenererend profiel weliswaar in zijn

Zeker in de grote steden in het Vlaamse Gewest hoeft zulks niet illusoir te zijn.

⁵¹ De advocaat-generaal laat zich o.i. baseren op het arrest C-400/08, dat wij later in dit advies zullen bespreken (zie randnummer 27 e.v.).

stadscentrum om ruimtelijke en culturele redenen verbieden. In dat geval moet het bestuur wel waarborgen dat dergelijke detailhandelszaken zich elders op (een) andere locatie(s) kunnen vestigen.

Welnu, hierdoor is het mogelijk dat kleinhandelslinten in de hand worden gewerkt, hetgeen net onwenselijk wordt geacht. Daarom is het nodig om bij het opleggen van beperkingen in een bepaald gebied ook de effecten hiervan op de rest van het grondgebied van de gemeente (en de aangrenzende gemeenten) in beschouwing te nemen en steeds de gevolgen ten aanzien van de doelstellingen van het decreet IHB in te schatten en zo nodig de voorgestelde beperking aan te passen of de gevolgen ervan te remediëren door bijkomende beleidsinitiatieven.

(B) Het arrest Europese Commissie t. Spanje⁵²

28 Een belanghebbende zaak is de zaak *Europese Commissie t. Spanje*.⁵³

De zaak betrof een Spaanse regeling inzake de vestiging van grote winkelbedrijven in bepaalde gebieden in de autonome regio Catalonië. De regeling:

- legde beperkingen op inzake de ligging en de omvang van grote winkelbedrijven en voorzag meer bepaald in een verbod om dergelijke winkelbedrijven te vestigen buiten de geconsolideerde bebouwde kom van een aantal gemeenten en in beperkingen van de verkoopoppervlakte in elk gebied en elke gemeente;
- legde voorwaarden voor de verkrijging van een bedrijfsvergunning op.

29 Het Hof, na te hebben vastgesteld dat voormelde Spaanse regeling een beperking op artikel 49 VWEU inhield, onderzocht of de regeling objectief kon worden gerechtvaardigd.

Vooreerst wees het Hof erop dat milieubescherming, ruimtelijke ordening en consumentenbescherming een dwingende vereiste van algemeen belang uitmaken.⁵⁴

Vervolgens onderzocht het Hof of de specifieke beperkingen die de regeling vooropstelt door voormelde redenen kunnen worden gerechtvaardigd:

⁵² Er bestaan heel wat arresten inzake de artikelen 49 en 56 VWEU. Vaak zijn deze arresten echter dermate specifiek (bijv. zaken inzake volksgezondheid (apothekers, optiekzaken, etc.), gokspelen, enz.) dat er geen conclusie uit kan worden getrokken voor detailhandel of milieu/ruimtelijke ordening. Deze arresten tonen de wijze waarop het Hof van Justitie van de Europese Unie omgaat met de objectieve rechtvaardigingstoets. Wij achten het dan ook niet nuttig om deze rechtspraak in dit advies te betrekken. Een uitzondering hi erop vormt het onder deze hoofding besproken arrest.

⁵³ HvJ 24 maart 2011, zaak nr. C-400/08, *Europese Commissie t. Spanje*.

⁵⁴ HvJ 24 maart 2011, zaak nr. C-400/08, *Europese Commissie t. Spanje*, par. 74.

Met opmerkingen [HE2]: Dit lijkt me best om te draaien of te veralgemenen als redenering: een bestuur kan specifieke types detailhandel of detailhandelzaken met bepaalde oppervlaktematen of verkeersgenerend profiel, verbieden op bepaalde locaties om ruimtelijke of culturele redenen. Maar het moet in dat geval wel waarborgen dat dergelijke detailhandelszaken zich op (een) andere locatie(s) op hun grondgebied kunnen vestigen.

Dit voorbeeld is volgens mij net het tegenovergestelde van wat we regelmatig zien en ook wat we bij de opmaak van het decreet IHB voor ogen hadden.

Stibbe: akkoord met uw voorstel. Wij hebben het in de tekst in die zin aangepast.

- wat betreft **de beperkingen inzake de ligging en de omvang van grote winkelbedrijven**, wees het Hof er op dat de Spaanse regeling geschikt was om de aangevoerde doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te bereiken.⁵⁵

Het Hof achtte de regeling echter niet evenredig. Het verbod op een vergroting van het commerciële aanbod in de vorm van hypermarkten in gebieden waar een overaanbod werd verwacht, had volgens het Hof “*een aanzienlijke invloed*” op de mogelijkheden om grote winkelbedrijven in de autonome regio Catalonië te openen. In dergelijke omstandigheden dient een lidstaat “*een analyse te voegen van de geschiktheid en evenredigheid van de door hem genomen beperkende maatregel, en moet hij zijn betoog met nauwkeurige gegevens staven*”.⁵⁶

Dergelijke gegevens ontbraken *in casu*, zodat het Hof de regeling strijdig achtte met artikel 49 VWEU;

- **de vereiste van een specifieke bedrijfsvergunning** werd in het algemeen door het Hof aanvaard.⁵⁷

De Spaanse regeling voorzag echter in de verplichting om voor de afgifte van een vergunning rekening te houden met de aanwezigheid van commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en om rekening te houden met het effect van een nieuwe vestiging op de commerciële structuur van dat gebied. Deze vereisen hadden volgens het Hof niet met consumentenbescherming te maken maar wel met de gevolgen voor de bestaande handel en de structuur van de markt. Hetzelfde gold volgens het Hof voor de verplichting om een rapport over de vestigingsdichtheid op te maken voor een vergunningsaanvraag. Het Hof oordeelde in het bijzonder als volgt:

“95 *Daarentegen moet worden vastgesteld dat de uit artikel 6, lid 2, eerste alinea, van Ley 7/1996 voortvloeiende en met het tweede onderdeel van deze grief aan de orde gestelde verplichting om voor de afgifte van een dergelijke vergunning rekening te houden met de aanwezigheid van commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en het effect van een nieuwe vestiging op de commerciële*

⁵⁵ HvJ 24 maart 2011, zaak nr. C-400/08, *Europese Commissie t. Spanje*, par. 80. Advocaat-Generaal Sharpston wees bovendien op het volgende: “*Modellering toont aan dat de uitstoot van CO2 drastisch daalt wanneer winkels in stadscentra worden geopend in plaats van in buitenstedelijke gebieden*” (conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 7 oktober 2010 in zaak nr. C-400/08, *Europese Commissie t. Spanje*, par. 90). De in deze zaak aangehaalde motieven op grond waarvan grote detailhandel zich niet buiten het stadscentrum mag vestigen, staan tegenover de motieven die in de gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16 zijn aangehaald om grote detailhandel uit het stadscentrum te weren.

⁵⁶ HvJ 24 maart 2011, zaak nr. C-400/08, *Europese Commissie t. Spanje*, par. 83.

⁵⁷ HvJ 24 maart 2011, zaak nr. C-400/08, *Europese Commissie t. Spanje*, par. 92.

structuur van dat gebied, betrekking heeft op de gevolgen voor de bestaande handel en de structuur van de markt, en niet op consumentenbescherming.

96 *Hetzelfde geldt voor de uit artikel 8 van Ley 18/2005 en de artikelen 31, lid 4, en 33, lid 2, van Decreto 378/2006 voortvloeiende en met het derde onderdeel van deze grief aan de orde gestelde verplichting, in het kader van de procedure voor de afgifte van die vergunning, om een rapport over de vestigingsdichtheid te laten opstellen, dat bindend is wanneer het negatief is en negatief moet zijn indien de vestigingsdichtheid groter is dan een bepaalde waarde.*

97 *Dienaangaande zij vastgesteld dat die bepalingen inhouden dat maxima voor de vestigingsdichtheid en het effect op de bestaande detailhandel worden toegepast, waarboven geen grote winkelbedrijven en/of middelgrote winkelbedrijven mogen worden geopend.*” (eigen onderlijning).

Dergelijke overwegingen zijn zuiver economisch en kunnen dus niet worden aanvaard (par. 95-98).

Dit arrest is van belang omwille van de hierna geschetste redenen.

Vooreerst bevestigt het Hof van Justitie van de Europese Unie dat een territoriale beperking en een beperking van de omvang van grote winkelbedrijven geschikt is, of minstens kan zijn, om de doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming te bereiken.

Uit het arrest blijkt voorts dat het Hof voornamelijk een probleem had met de uitsluiting van hypermarkten in gebieden waar een overaanbod werd verwacht. Uit de feiten bleek kennelijk dat een dergelijk overaanbod *quasi* overal in de regio Catalonië werd verwacht, zodat dienstverleners die de vorm van een hypermarkt wouden aannemen zich *de facto* zagen geconfronteerd met een verbod op hun activiteiten of met - zoals het Hof het verwoordt - “*een aanzienlijke invloed op de mogelijkheden om grote winkelbedrijven te openen*”.

Een dergelijk verbod is onevenredig met haar doelstelling (milieubescherming), tenzij de lidstaat een analyse voegt van de geschiktheid en evenredigheid van de door hem genomen beperkende maatregelen en zij dit betoog met nauwkeurige gegevens staft. Dit is een zware bewijslast. Het komt er in wezen op neer dat het bestuur zijn studiewerk grondig moet doen alvorens het een dergelijke zware beperking oplegt.

Zulks is niet onlogisch. Hoe aanzienlijker de invloed van een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een activiteit is, hoe zwaarder de bewijslast voor een lidstaat om de beperking te rechtvaardigen wordt. Indien *in casu* uit onderzoek van het bestuur was gebleken dat hypermarkten in voldoende gebieden nog zouden kunnen worden ontwikkeld, dan zou het Hof o.i. anders hebben geoordeeld. Dan zijn er immers nog voldoende mogelijkheden om grote winkelbedrijven te openen.

Indien besturen aldus in soortgelijke verregaande verbodsbepalingen willen voorzien, dan dragen zij voormelde bewijslast en zullen zij moeten kunnen aantonen dat het verbod wel degelijk is gerechtvaardigd.

(ii) *Screening van de rechtspraak van de Raad van State [Vlaamse Gewest]*

30 De rechtspraak van de Raad van State inzake de verhouding tussen één van de instrumenten van het decreet IHB en de Dienstenrichtlijn is bijzonder schaars.

31 Niettemin zijn er een aantal arresten die van belang zijn.

In het arrest *nv Fun Belgium* van 10 maart 2015⁵⁸ diende de Raad van State zich uit te spreken over een RUP, waarin, onder meer, de volgende voorschriften werden voorzien:

“1) het invoeren van een opdelingsverbod voor kleinhandelszaken;

2) de uitbreiding van de beperking van de uitbreidingsmogelijkheid met maximum 15% tot alle kleinhandelszaken;

3) de wijziging van de minimale omvang van een nieuwe vestiging van 1000 m² brutovloeroppervlakte en 600 m² winkelvloeroppervlakte naar respectievelijk 600 m² brutovloeroppervlakte en 400 m² winkelvloeroppervlakte;

4) de schrapping van de eis tot herstructurering van de zone vooraleer enige uitbreiding kan plaatsvinden;

5) de schrapping van de eis dat nieuwe vestigingen steeds ruimtebehoevende kleinhandelsvestigingen moeten zijn;

6) de schrapping van de eis dat de maximale nettowinkelvloeroppervlakte voor het geheel van de zone 35.000 m² bedraagt;

7) de schrapping van de eis om aparte ontsluitingen op de N223 te realiseren vooraleer een vergunning tot uitbreiding van de winkelvloeroppervlakte kan worden verleend;

8) de schrapping van de eis om een beveiligde oversteek voor zwakke weggebruikers tussen beide delen van de zone aan weerszijden van de N223 te realiseren, vooraleer een vergunning tot uitbreiding van de winkelvloeroppervlakte kan worden verleend.”

⁵⁸ RvS 10 maart 2015, nr. 230.454, *nv Fun Belgium*.

Volgens de verzoekende partij schond het RUP de bevoegdheidsverdelende regels, omdat de federale overheid bevoegd is voor het concurrentiebeleid en het economisch beleid. De verzoekende partij wierp echter geen schending op van de Dienstenrichtlijn of van de artikelen 49 en 56 VWEU.

In een interessante overweging verwierp de Raad van State het middelonderdeel:

“Anders dan de verzoekende partij dit ziet, steunt de geviseerde maatregel niet “louter op een economisch motief, zijnde het vermijden van concurrentie met de handel in de kernen”, noch betreft het een nieuwe “vestigingsvoorwaarde”. Integendeel is deze maatregel wel degelijk gericht op “de verbetering van de ruimtelijke kwaliteit” en vindt hij steun in het PRS. In dit laatste wordt onder meer gesteld dat “[h]eel wat [...] kleinhandelsactiviteiten [...] thuis [horen] in de kernen (sleutelmakers, schoenmaker, kledingboetiek...)” en dat “[v]oor de zuiver kerngerichte kleinhandel [...] de nodige ruimte binnen het gemeentelijk structuurplan [moet] gereserveerd worden”. In de toelichting bij artikel 1 van de stedenbouwkundige voorschriften wordt aansluitend gewezen op de nood aan grote oppervlakte voor bepaalde ruimte-extensieve branches, alsook dat “de ruimtebehoevende kleinhandel een eerder beperkte mobiliteit genereert ten opzichte van de winkelvloeroppervlakte”, in tegenstelling tot “branches met hoogfrequente aankopen en gemakgerichte bezoekmotieven zoals voeding, kleding, mode, ...”.” (eigen onderlijning).

De Raad aanvaardde dat er een opdelingsverbod werd ingevoerd en dat dit verbod op ruimtelijke motieven steunde. Hij verwees daarbij naar het provinciaal ruimtelijk structuurplan (hierna: het “PRS”) ter rechtvaardiging van het kwestieus voorschrift.

De Raad van State aanvaardde aldus het bestaan van stedenbouwkundige voorschriften, die een invloed hebben op dienstverleners, gelet op het verband met de ruimtelijke ordening van deze voorschriften. De toets van de Raad van State was bovendien niet erg streng: de verwijzing naar een PRS volstond ter staving van het ruimtelijk motief.

Het is maar de vraag of de Raad in eenzelfde zin zou oordelen, indien het middel scherper was geformuleerd of indien de schending van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn was opgeworpen.

32 Voorts is te verwijzen naar het arrest *bvba Gova Meubelen* van 13 december 2016.⁵⁹

In deze zaak betrof het een weigering van een handelsvestigingsvergunning. De vergunning werd geweigerd omdat de aanvraag niet verenigbaar was met de detailhandelsvisie van de stad Lier. De Raad van State vernietigde deze beslissing omdat de inhoud van een beleidsdocument (dat per definitie niet verordenend is) ten onrechte als een verordenend stedenbouwkundig voorschrift werd toegepast.

⁵⁹ RvS 13 december 2016, nr. 236.757, *bvba Gova Meubelen*.

Dit arrest is van belang voor de beoordeling van de bewijslast van het bestuur bij omgevingsvergunningen. Het is meer bepaald niet voldoende om een beperking aan de toegang van of de uitoefening op een dienstenactiviteit te staven met (enkel) beleidsdocumenten.

De determinerende motieven mogen m.a.w. niet enkel in een beleidsdocument zijn gelegen.

33 Voorts is te verwijzen naar het arrest *nv Noens Omer en kinderen* van 24 juni 2010.

In deze zaak betrof het een handelsvestigingsvergunning dd. 31 maart 2008 voor de inplanting van een warenhuis (Colruyt) te Haaltert. De handelsvestigingsvergunning werd in eerste aanleg door de gemeente geweigerd, omdat het project niet strookte met de visie van de gemeente op de ruimtelijke ontwikkeling van de gemeente, waarbij de ontwikkeling van handelszones met winkelketens buiten bestaande handelskernen diende vermeden te worden en omdat het project een wezenlijke aantasting van de handelskernen van Haaltert en Kersken (d.i. een deelgemeente van Haaltert) inhield.

De handelsvestigingsvergunning werd in administratief beroep verleend. Wat betreft de onverenigbaarheid met de visie van de gemeente op de ruimtelijke ontwikkeling van de gemeente, werd erop gewezen dat “*de grootte [van het warenhuis] nog net in verhouding is met het belang en de functie van de gemeente Haaltert.*” Wat betreft de impact van het warenhuis op het marktgebied, werd in de beslissing onder meer geoordeeld dat het warenhuis complementair is met de bestaande verkooppunten (kleine distributie), gelegen in het centrum van Haaltert en Kersken en werd erop gewezen dat er nog andere supermarkten waren gelegen in de gemeente, zodat er geen sprake van een monopoliepositie was.

De Raad van State verwierp het beroep tegen voormelde beslissing. De Raad oordeelde onder meer als volgt:

“Het Interministerieel Comité voor de Distributie gaat evenmin voorbij aan de voorziene belangrijke omzet van de nieuwe handelsvestiging. Het is evenwel van oordeel dat dit niet zal leiden tot een monopoliepositie, gelet op de voldoende aanwezigheid van concurrenten en de complementariteit met de bestaande gespecialiseerde verkooppunten, maar dat het effect beperkt zal blijven tot een zekere weerslag op de bestaande handel. De beslissing werd op dit punt afdoende gemotiveerd en de verzoekende partijen tonen niet aan dat deze appreciatie kennelijk onredelijk zou zijn. Voor wat betreft de werkgelegenheidscijfers heeft het Interministerieel Comité voor de Distributie zich gebaseerd op de cijfers die werden naar voor gebracht in het aanvraagdossier. De beoordeling van vele van de elementen waarnaar het Interministerieel Comité voor de Distributie in de bestreden beslissing verwijst steunt noodzakelijkerwijze op een aantal uitgangspunten en veronderstellingen waarvan de juistheid niet steeds absoluut kan worden aangetoond, hetgeen de marge van appreciatie vergroot. Het beoordelen van de verwachte toename van de tewerkstelling is een beoordeling in feite die toekomt aan de overheid die de machtiging verleent. Het komt de Raad van State niet toe te oordelen of deze vooropgestelde cijfers correct zijn. Dit oordeel valt buiten de grenzen van de marginale toetsingsbevoegdheid van de Raad van State.” (eigen onderlijning).

Stibbe

De Raad aanvaardt aldus de motivering dat een warenhuis complementair is aan het kleinhandelsaanbod in de handelskern van de gemeente en dat er, voor wat betreft het marktaandeel en de verwachte gevolgen voor de tewerkstelling, op een aantal uitgangspunten en veronderstellingen mag worden gesteund. Een bestuur dient aldus niet elk feitelijk gegeven met een objectieve studie te staven.

34 Dit arrest is o.i. van belang voor wat de bewijslast van een bestuur betreft en de toetsing door de Raad van State. Een bestuur kan met name uitgaan van een aantal veronderstellingen of uitgangspunten. Het is volgens de Raad niet vereist om elk gegeven objectief en in detail te staven. De Raad beperkt zich met andere woorden tot een controle op de formele en materiële motivering, doch gaat zelf niet de door het bestuur weerhouden cijfers controleren.

Dat wil o.i. echter niet zeggen dat een bestuur zonder meer elke overweging voor waar mag aannemen. Het kan bijvoorbeeld niet zonder meer stellen dat de mobiliteitssituatie en de verzadiging van de bestaande verkeerssituatie onaanvaardbaar is, zodat grootschalige kleinhandel is uitgesloten. Een dergelijke conclusie moet o.i. op meer dan veronderstellingen zijn gesteund, temeer wanneer derden aanvoeren dat grootschalige detailhandel wel degelijk verkeerstechnisch nog mogelijk is.

O.i. kunnen een aantal algemene effecten wel steunen op veronderstellingen of uitgangspunten. Wij denken daarbij aan de overweging dat (grootschalige) detailhandel gevolgen heeft voor de leefbaarheid van de handelskern, resp. de periferie (bijv. leegstand) of dat grootschalige detailhandel of (grote) voedingszaken extra autoverkeer met zich meebrengt. Of dit aandeel aan extra verkeer onaanvaardbaar is, moet zoals gezegd dan weer steunen op meer dan veronderstellingen, d.w.z. op feiten gesteunde veronderstellingen (bijv. mobiliteitsstudies).

(c) *Tussentijds besluit*

35 De besproken rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en de Raad van State toont aan dat een bestuur wel degelijk bepaalde maatregelen mag nemen om de uitoefening van kleinhandelsactiviteiten te beperken.

Deze beperkingen kunnen verschillende vormen aannemen, bijv. een territoriale beperking of een oppervlaktebeperking. In wezen is het bestuur vrij in het bepalen van de aard van de beperkingen, behoudens indien het een “*verboden eis*” betreft (artikel 14 van de Dienstenrichtlijn).

36 Uit de besproken rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie blijkt dat het voorhanden zijn van een dwingende reden van algemeen belang relatief snel wordt aanvaard. Het nastreven van het door het bestuur gewenste ruimtelijk, cultureel beleid wordt immers als een dwingende reden van algemeen belang beschouwd.

Met opmerkingen [HE3]: Hier kan dit voorbeeld wel blijven staan
Stibbe: ok.

Stibbe

Het moet o.i. wel om een goedgekeurd beleid gaan, dat publiek kenbaar is⁶⁰. Het beleidskader integraal handelsvestigingsbeleid (al dan niet geïntegreerd in een ruimtelijk structuurplan) vormt hiervoor o.i. het meest aangewezen instrument.

37 Uit de besproken rechtspraak blijkt dat het vooral zaak is om de evenredigheid van de beperking aan te tonen.

Het slagen van de argumentatie zal afhangen van de feitelijke omstandigheden. Zo lijkt het determinerend in welke mate een beperking *de facto* een algemeen verbod uitmaakt, bijv. omdat het verbod tot gevolg heeft dat nergens in de gemeente ruimte is om de betrokken kleinhandelsactiviteiten te exploiteren. Hoe strenger de beperking, hoe strenger de bewijslast ter rechtvaardiging ervan.

Het komt ons als noodzakelijk voor dat het bestuur motiveert dat de beperking evenredig is met haar doelstelling en dat de toegang tot en de uitoefening van de kwestieuze kleinhandelsactiviteit niet wordt verboden, m.a.w. dat er voor de exploitanten in kwestie alternatieven beschikbaar zijn.

In dat geval is er geen sprake van een algemeen verbod op de toegang tot of de uitoefening van een dienst, en is er al evenmin sprake van een aanzienlijke invloed op de mogelijkheden voor exploitanten om hun diensten te verrichten. Deze mogelijkheden zijn immers in dat geval nog steeds beschikbaar.

Indien er binnen de gemeente geen andere aanvaardbare alternatieve locaties beschikbaar zijn en de beperking neerkomt op een algemeen verbod op bepaalde kleinhandelsactiviteiten, dan is de rechtvaardiging van de beperking delicaat. Zulks zou immers maken dat voormelde beperking neerkomt op een algemeen verbod. Het is dan ook aangewezen dat het bestuur in zijn beslissing uitdrukkelijk motiveert of alternatieven beschikbaar zijn en, in voorkomend geval, uitdrukkelijk naar deze alternatieven verwijst.

Is deze ruimte er niet, betekent zulks ons inziens niet automatisch dat de beperking ontoelaatbaar is. De toets zal evenwel strenger zijn. Het bestuur moet in dat geval zorgvuldig motiveren dat de beoogde dwingende reden van algemeen belang enkel kan worden gegarandeerd door een algemeen verbod op te leggen:

- bijv. een algemeen verbod om milieubeschermingsredenen kan gerechtvaardigd zijn indien de negatieve milieueffecten dermate aanzienlijk zijn dat enkel een verbod ten volle de bescherming van het leefmilieu vrijwaart. De conclusies van de milieueffectrapportages of de mobiliteitsstudies zijn hierbij doorslaggevend;

⁶⁰ Zulks geldt vooral voor de omgevingsvergunning. De Raad voor Vergunningsbetwistingen oordeelt immers dat “*beleidsmatig gewenste ontwikkelingen*” maar in rekening kunnen worden gebracht voor zover zij voldoende duidelijk zijn vastgelegd en openbaar zijn gemaakt. Zie RvVb 19 september 2017, nr. RvVb/A/1718/0075; RvVb 10 januari 2017, nr. RvVb/A/1617/0477.

- bijv. een algemeen verbod op kleinhandelsactiviteiten in de periferie om consumentenbeschermingsredenen (d.i. het voorzien van een toegankelijke en voldoende breed en gevarieerd winkelaanbod in de handelskern) kan gerechtvaardigd zijn, indien blijkt dat het winkelaanbod in de handelskern en/of de periferie onvoldoende gevarieerd is. Deze situatie is bijv. denkbaar indien kleinhandelsexploatanten zich in de periferie zouden vestigen (bijv. omwille van de betere bereikbaarheid en parkeermogelijkheden), waardoor in de handelskern een eenzijdig of een onderaanbod aan kleinhandelsactiviteiten ontstaat. Een en ander zal *in casu* afhangen van het verzorgingsgebied van resp. de periferie en de handelskern en van de cijfers inzake vraag en aanbod.

Wij wijzen er echter op dat de grens tussen het voorzien van een voldoende breed en toegankelijk winkelaanbod en economische motieven soms dun is. Er is dan ook omzichtig om te gaan met deze rechtvaardigingsgrond.

38 De vraag naar beschikbare alternatieven (en dus naar beschikbare ruimte) kan in het Vlaamse Gewest tot problemen leiden. Immers, de beschikbare open ruimte in het Vlaamse Gewest is schaars. Bovendien telt het Vlaamse Gewest niet minder dan 308 gemeenten, waarvan een groot aantal een eerder klein grondgebied heeft. De meeste gemeenten beschikken dan ook niet steeds over beschikbare ruimte voor kleinhandelsactiviteiten die elders zouden worden geweerd.

O.i. kan een gemeente niet verwijzen naar alternatieven die in een andere gemeente beschikbaar zijn. In de zaak *Europese Commissie t. Spanje*⁶¹ onderzocht het Hof van Justitie van de Europese Unie de “*aanzienlijke invloed*” van de Catalaanse regeling op het niveau van het grondgebied van de autonome regio Catalonië. De regeling was met andere woorden gelokaliseerd op gemeenschapsniveau⁶², zodat het onderzoek naar de beschikbare alternatieven zich beperkt tot de mogelijkheden binnen die gemeenschap. Ook in de gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16⁶³ was het volgens de advocaat-generaal van wezenlijk belang dat dienstverrichters zich nog “*in de gemeente*” konden vestigen.⁶⁴ De advocaat-generaal ging er in deze zaak aldus vanuit dat het onderzoek naar de aanwezigheid van beschikbare alternatieven zich situeert en beperkt tot het grondgebied van de instantie van wie de regeling uitgaat.

Het lijkt ons om deze reden dan ook risicovol om te verwijzen naar de ontwikkelingen in een andere gemeente, ook al vindt er een afstemming tussen besturen plaats of komen deze ontwikkelingen op

⁶¹ HvJ 24 maart 2011, zaak nr. C-400/08, *Europese Commissie t. Spanje*.

⁶² Spanje is onderverdeeld in 17 autonome gemeenschappen, die elk een eigen regering en parlement met wetgevende bevoegdheden hebben.

⁶³ Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 18 mei 2017 in gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, *college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*.

⁶⁴ Conclusie van advocaat-generaal M. Szpunar van 18 mei 2017 in gevoegde zaken C-360/15 en C-31/16, *college van burgemeester en wethouders van de gemeente Amersfoort t. X BV*, par. 149.

Stibbe

grond van een overkoepelende visie tot stand. De vraag naar de “*aanzienlijke invloed*” en de beschikbare alternatieven situeert en beperkt zich, zoals gezegd, immers tot het grondgebied van de instantie van wie de regeling uitgaat. Het is wel mogelijk om het planinitiatief van een hogere overheid te laten uitgaan, zodat de alternatieven op een hoger niveau (en dus een ruimer grondgebied) moeten worden beoordeeld. In de praktijk kan het planinitiatief aldus naar het niveau van de provincie worden getild wanneer de provincie de bevoegde planautoriteit is.^{65, 66} In voorkomend geval kunnen de alternatieven op het grondgebied van de provincie worden gezocht. Indien de provincie niet de bevoegde planautoriteit is, dan is het mogelijk dat de gemeente overeenkomstig artikel 2.2.2, § 2 VCRO een delegatie van planningsniveau naar het provinciaal niveau voorziet. Wij verwijzen naar ons advies dd. 18 december 2014 voor de wijze waarop een delegatie van planningsbevoegdheid dient plaats te vinden.

Het is tevens mogelijk dat de provincie het planinitiatief neemt (als bevoegde planautoriteit dan wel na delegatie overeenkomstig artikel 2.2.2, § 2 VCRO) en de concrete werking van een PRUP “*uitbestedt*” aan een intergemeentelijk samenwerkingsverband. Wij verwijzen hiervoor naar ons advies dd. 18 december 2014.

Hoe dan ook wijzen wij erop dat de rechtspraak op dit punt nog niet is uitgekristalliseerd. De besproken rechtspraak doet bovendien niet uitdrukkelijk uitspraak over de vraag of een bestuur naar ontwikkelingen in een ander bestuur of naar een overkoepelende visie kan verwijzen.

In elk geval is het voor een gemeente niet mogelijk om zich te beroepen op de bijzondere staatsstructuur van België om een schending van de Dienstenrichtlijn te rechtvaardigen. Overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan een lidstaat zich immers niet op zijn federale structuur beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van de door een richtlijn voorgeschreven verplichting.⁶⁷ De omstandigheid dat het Vlaamse Gewest 308 gemeenten heeft, waarvan een groot deel een eerder klein grondgebied heeft, biedt dan ook geen rechtvaardiging.

⁶⁵ Er dient wel rekening te worden gehouden met de bevoegdheidsverdeling tussen de provincies en de gemeenten (cf. de bepalingen van het Ruimtelijk Structuurplan Vlaanderen, dat binnenkort wordt gewijzigd naar het Beleidsplan Ruimte Vlaanderen).

⁶⁶ De opmaak van een intergemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan is niet voorzien, zodat de opmaak van een dergelijk plan ons inziens niet tot de mogelijkheden behoort. Wij verwijzen hiervoor tevens naar ons advies dd. 18 december 2014.

⁶⁷ Zie bijv. HvJ 16 december 2004, zaak nr. C-358/03, *Commissie t. Republiek Oostenrijk*, par. 13; HvJ 17 januari 2002, zaak nr. C-423/00, *Commissie t. Koninkrijk België*, par. 16.

3 HET HANDELSVESTIGINGSBELEID VANUIT RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

3.1 De situatie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Waalse Gewest⁶⁸

(a) Analyse van de rechtspraak

39 De Franstalige kamer van de Raad van State heeft in een aantal arresten met betrekking tot de regelgeving in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Waalse Gewest reeds uitspraak gedaan over de beperkingen aan de toegang tot of de uitoefening van een dienst die een bestuur in het kader van zijn handelsvestigingsbeleid kan benaastigen.⁶⁹

40 In een arrest van 30 juni 2016 inzake *de stad Waver*⁷⁰ oordeelde de Raad van State dat een vergunningverlenend bestuur in het kader van het verlenen van een handelsvestigingsvergunning wel degelijk rekening kan houden met het soort handelsvestiging dat wordt aangevraagd (*in casu* een kledingzaak), op voorwaarde evenwel dat dit motief betrekking heeft op een vergunningscriterium (*in casu* de ruimtelijke ligging en de bescherming van het stedelijk milieu). De loutere bedoeling om een verweving van commerciële functies te realiseren en een evenwicht van handelsvestigingszaken tussen geografische polen te behouden, volstaat niet.

De Raad stelt uitdrukkelijk het volgende: “*qu'en l'occurrence, la requérante n'évoquait dans son avis, et n'identifie dans ses écrits de procédure, aucun élément concret qui indiquerait que le type de commerce qui occupera l'extension de l'Esplanade aura une incidence directe et significative sur les critères de la localisation spatiale et de la protection de l'environnement urbain, par exemple en raison de considérations de mobilité ou d'urbanisme; qu'elle n'explique pas davantage en quoi la limitation des commerces d'équipement de la personne serait utile voire nécessaire à la protection des consommateurs*.”⁷¹

Indien een bestuur bepaalde beperkingen oplegt, rekening houdend met de specifieke aard van een handelsvestiging, dan is dit volgens de Raad van State toegelaten voor zover de beperking is ingegeven door objectieve motieven die hun grondslag vinden in de door de vergunningscriteria die in de Handelsvestigingswet zijn opgesomd. Het bestuur moet dan evenwel aantonen dat de

⁶⁸ In dit hoofdstuk bespreken wij enkel de arresten van de Franstalige kamer van de Raad van State. Wij gaan niet in op de specifieke regelgeving die in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en het Waalse Gewest gelden.

⁶⁹ De besproken arresten hebben meestal betrekking op de wet van 13 augustus 2004 betreffende de vergunning van handelsvestigingen (hierna: de “*Handelsvestigingswet*”).

⁷⁰ RvS 30 juni 2016, nr. 235.297, ville de Wavre.

⁷¹ Vrije vertaling: “*dat in dit geval, de verzoeker in zijn advies of zijn procedurestukken geen enkel concreet element opwerpt of aanduidt dat erop wijst dat het type handelsvestiging dat in de uitbreiding van de Esplanade zal komen, een direct en negatief gevolg heeft op de criteria inzake de ruimtelijke ligging en de bescherming van het stedelijk milieu, bijv. omwille van mobiliteits- of ruimtelijke overwegingen; dat zij niet uiteenzet op welke wijze de consumentenbescherming een voordeel heeft een beperking van de vloeropervlakte van kledingzaken*”.

voorgenomen beperking (bijv. een oppervlaktebeperking) geschikt is om het doel te bereiken. In het bijzonder moet het bestuur specifiek aantonen dat de beperking het beoogde doel (d.i. hetzij milieubeschermings of het ruimtelijk beleid, hetzij consumentenbescherming) kan bereiken.

Algemene overwegingen volstaan aldus niet.

41 Het oordeel van de Raad van State dat een beperking steeds in verband moet staan met één van de vergunningscriteria⁷² (in het kader van het handelsvestigingencontentieux), blijkt ook uit een arrest van 18 april 2016 inzake *GB Retail Estates*.⁷³

In deze zaak oordeelde de Raad vooreerst dat het vergunningverlenend bestuur geen rekening mag houden met het effect van de handelsvestiging op bestaande handelsvestigingen.⁷⁴

De gebeurlijke vaststelling dat er reeds een heel aantal vergelijkbare voedingswarenhuizen in het gebied zijn gelegen, is dan ook enkel relevant in zoverre daaruit concrete conclusies worden getrokken die verband houden met de vergunningscriteria, zoals de ruimtelijke ligging of de bescherming van het stedelijk milieu.

Indien blijkt dat het vergunningverlenend bestuur in wezen de economische effecten van het project op de bestaande handelsvestigingen toetst, dan is dit onwettig.

42 In het arrest van 19 januari 2012 inzake *Warehouses Estates Belgium*⁷⁵ betrof het een weigering van een handelsvestigingsvergunning te Gosselies op grond van de volgende motieven:

- wat betreft de ligging van de vestiging werd enerzijds vastgesteld dat het project een op dat ogenblik vervallen site zou rehabiliteren. Anderzijds wees het vergunningverlenend bestuur erop dat het project perifeer is gelegen ten aanzien van de stad Charleroi en niet direct bijdraagt aan het handelsaanbod en de heropleving van het stadscentrum van de stad Charleroi.

⁷² De vergunningscriteria uit de Handelsvestigingswet zijn de volgende:

- De ruimtelijke ligging van de handelsvestiging;
- De bescherming van het stedelijk milieu;
- De bescherming van de consument;
- Het respect voor de sociale wetgeving en het arbeidsrecht.

⁷³ RvS 18 april 2016, nr. 234.419, nv GB Retail Estates.

⁷⁴ In dezelfde zin RvS 1 juli 2016, nr. 235.323, commune de Hamois.

⁷⁵ RvS 19 januari 2012, nr. 217.388, la société en commandite par action Warehouses Estates Belgium.

Met opmerkingen [HE4]: Ik stel me hier de vraag of een vergunningverlenende overheid in de vergunning een voorwaarde kan opnemen waarin wordt gesteld dat enkel een bepaald type detailhandel wordt vergund, fijner dan de categorieën in het IHB. Bijvoorbeeld in een vergunning voor een autohandelaar wordt ingeschreven dat de vergunning enkel wordt verleend voor de verkoop van voertuigen (ondanks dat deze eigenlijk onder de brede categorie 'andere' valt in het IHB). Is dit mogelijk? In dat geval zou het dus nodig zijn een nieuwe vergunning aan te vragen als er bijvoorbeeld een meubelzaak zich in het pand zou willen vestigen, hoewel ze beiden onder de categorie 'anderen' vallen. Dit zou, bij nieuwe vergunningen, een oplossing kunnen bieden voor de ruime categorie 'andere' in het decreet IHB.

Stibbe: dit hebben wij ons advies over de handelsvestigingsconvenanten onderzocht (zie pp. 50-58). Wij verwijzen dan ook naar dat advies. Samengevat komt dit op het volgende neer:

- De algemene principes over vergunningsvoorwaarden moeten worden nageleefd (o.a. "voldoende precies", "de voorwaarde is niet afhankelijk van een bijkomende beoordeling door de overheid", "de voorwaarde is evenredig" en "de voorwaarde kan door de aanvrager worden gerealiseerd");
- De voorwaarde mag de aanvraag niet essentieel wijzigen of een impliciete weigering van de aanvraag zijn;
- De voorwaarde mag geen vermomde economische eis zijn.

Volgens de Raad van State kon het vergunningverlenend bestuur oordelen dat het project perifeer is gelegen en, gelet op de ligging, niet bijdroeg aan de heropleving van het handelscentrum van het stadscentrum.

De Raad had er evenwel een probleem mee dat de motivering in wezen neerkwam op het verbieden van elk project dat niet in het stadscentrum was gelegen omdat deze projecten klaarblijkelijk niet aan de heropleving van het stadscentrum bijdroegen.

Een dergelijke motivering werd door de Raad van State als niet pertinent en adequaat beschouwd om een dergelijk algemeen verbod te rechtvaardigen;

- wat betreft de bescherming van het stedelijk leefmilieu werd vooreerst vastgesteld dat het project qua ontsluiting en mobiliteit goed was gelegen en dat er geen verkeersproblemen werden verwacht. Voorts overwoog het vergunningverlenend bestuur dat het project zich niet integreert in het ontwikkelingsprogramma van het stadscentrum van Charleroi.

De Raad van State bevestigde dat het vergunningverlenend bestuur vermocht te verwijzen naar het ontwikkelingsprogramma van de stad Charleroi. *In casu* rees er evenwel een probleem omdat niet nader werd gemotiveerd waarom het project niet verenigbaar was met dit ontwikkelingsprogramma.

Hoewel de Raad niet *ab initio* uitsluit om beperkingen te formuleren op basis redenen die verband houden met de herontwikkeling van het stadscentrum, verduidelijkt de Raad dat zulks een uitvoerige motivering behoeft. Bovendien mag deze motivering niet impliciet maar zeker gelijk staan aan een algemeen verbod tot ontwikkeling van handelsvestigingen buiten of binnen het stadscentrum.

43 In een arrest van 9 december 2016 inzake *Wilhelm & Co*⁷⁶ betrof het een uitbreiding van een grote handelsvestiging, genaamd Cora, die gelegen was buiten het stadscentrum van de stad La Louvière.

De uitbreiding werd toegelaten omdat deze handelsvestiging complementair was aan het stadscentrum. Bovendien golden er voor de handelsvestiging minimum oppervlakten voor bijv. kledingzaken.

De Raad van State was van oordeel dat de handelsvestigingsvergunning wettig was. Hij oordeelde in het bijzonder als volgt:

- wat betreft de ruimtelijke ligging en de vereiste dat de handelsvestigingen in de uitbreiding van Cora minimum 200 m² groot moesten zijn, oordeelde de Raad dat deze beperking was

⁷⁶ RvS 9 december 2016, nr. 236.722, nv Wilhelm & Co.

Stibbe

gemotiveerd door de complementariteit van Cora ten opzichte van het stadscentrum. Het stadscentrum kenmerkte zich immers door een gamma aan kleinere handelsvestigingen. Grote handelsvestigingen in het stadscentrum zijn eerder zeldzaam in vergelijking met de periferie;

- wat betreft de ruimte-inname, aanvaardde de Raad de beleidskeuze van het lokaal bestuur, om twee commerciële polen te behouden in La Louvière, m.n. het stadscentrum en Cora. Beide centra waren complementair, hetgeen zijn bevestiging vindt in het opleggen van minimumoppervlakten voor handelsvestigingen in Cora, terwijl het stadscentrum juist gekenmerkt werd door kleinere handelsvestigingen;

In casu vond er aldus een vergelijking van de aard van het aanbod plaats. De Raad aanvaardde een dergelijke vergelijking tussen handelsvestigingen omdat er niet louter rekening werd gehouden met de grootte van de handelsvestigingen, maar ook met “*la nature des commerces*” (vrije vertaling: “*de aard van de handelsvestigingen*”).

(b) **Besluit**

44 Uit de rechtspraak van de Franstalige kamer van de Raad van State blijkt aldus dat een vergunningverlenend bestuur appreciatiemarge heeft om bepaalde beperkingen aan een dienstenactiviteit op te leggen.

Het is daarbij wel vereist dat deze beperking op een afdoende motivering steunt en dat de beperking coherent is. Beperkingen mogen (in beginsel) geen algemeen verbod inhouden.

Tot slot zijn economische eisen of economische motieven alleszins uit den boze.

3.2 **De situatie in andere lidstaten van de Europese Unie**

(a) **Algemeen**

45 Het regelgevend kader van het handelsvestigingsbeleid in de lidstaten van de Europese Unie wordt in de Legal Study beschreven.

De Legal Study beschrijft in functie van de verschillende lidstaten de verschillende procedurestappen die vereist zijn om toegang tot de dienstenmarkt inzake detailhandel te verkrijgen. De Legal Study is in zijn opzet dan ook heel wat ruimer dan onderhavige onderzoeksopdracht. De Legal Study beschrijft en analyseert onder meer de administratieve toelating die is vereist om toegang tot de dienstenmarkt te krijgen, de moeilijkheden waarmee projectontwikkelaars kampen in deze administratieve procedure (bijv. tijdsduur en kosten van de procedure, belangenverstrengeling van de besturen, hiërarchie tussen besturen, etc.) en de wijze waarop een aanvraag wordt beoordeeld (*i.e.* de vergunningscriteria).

Voor de doeleinden van huidige onderzoeksopdracht richten wij ons enkel op het hoofdstuk inzake de eisen die overeenkomstig artikel 15 van de Dienstenrichtlijn aan een beoordeling zijn onderworpen.

(b) **Screening van de eisen die andere lidstaten van de Europese Unie stellen**

46 Hoewel het regelgevend kader in de verschillende lidstaten erg verschillend is, hebben nagenoeg alle lidstaten regelgeving, minstens een administratieve praktijk⁷⁷, waarbij eisen aan de toegang tot of de uitoefening van een dienst worden gesteld.

47 Vaak voorkomend zijn de territoriale of kwantitatieve beperkingen aan de toegang tot of de uitoefening van een dienst. Hierna volgen enkele voorbeelden van dergelijke beperkingen.⁷⁸ Daarbij is een onderscheid te maken tussen lidstaten die (i) in hun regelgeving territoriale of kwantitatieve beperkingen stellen en (ii) lidstaten die het stellen van dergelijke beperkingen aan de discretionaire bevoegdheid van het bestuur laten:

- **Voorbeelden van beperkingen uit de regelgeving van een lidstaat:**

- in **Denemarken** kan het bestuur in een “*district plan*” drempels bepalen inzake de toegelaten grootte van detailhandelszaken. Er kan tevens worden voorzien dat er een te respecteren afstand tussen detailhandelaars is.

Bovendien geldt er in Denemarken een algemene regel waarbij het bestuur geen zones voor detailhandel mag voorzien buiten het stads- of districtcentrum. Daarmee wil men vermijden dat detailhandelaars zich buiten de stadscentra gaan vestigen;

- in **Duitsland** legt een federale wet verregaande beperkingen op aan de ontwikkeling van grootschalige⁷⁹ detailhandel. Zo is grootschalige detailhandel enkel toegelaten in welbepaalde, daartoe bestemde gebieden.

Bovendien bepaalt de federale Bouwcode dat bouwprojecten in een verstedelijkt gebied (d.i. onder Duits recht een gebied dat niet door een lokaal bestemmingsplan wordt beheerd) enkel toelaatbaar zijn voor zover zij geen ongunstig effect op de lokale bevoorradingsgebieden van de gemeente(n) hebben. Deze regelgeving beoogt

⁷⁷ Deze eis is soms in een wetgevende handeling vervat, soms veruitwendigt zij zich in een administratieve handeling.

⁷⁸ De voorbeelden zijn afkomstig uit de Legal Study (pp. 116-126), dewelke werd afgerond in 2014. Het is mogelijk dat de wetgeving in de betreffende lidstaat inmiddels is gewijzigd.

⁷⁹ Een detailhandelszaak wordt onder Duits recht als “*groot*” geacht van zodra zij de drempel 800 m² overschrijdt.

het behoud van ontwikkelde ruimtelijke structuren en de ontwikkeling van geïntegreerde sites.

Een concreet voorbeeld van een toepassing van voormelde federale Bouwcode is als volgt⁸⁰: een handelszaak in voedingswaren van ca. 700 m² wil zich in Keulen vestigen. In het nabijgelegen gebied zijn echter al heel wat voedingszaken en voedingsmarkten gelegen, zodat het gebied als een “*centraal bevoorradingsgebied*” werd beschouwd. Er werd door het bestuur en later de administratieve rechter geoordeeld dat de nieuwe handelszaak een ongunstig effect op het centraal bevoorradingsgebied had, omdat de koopkracht zich zou verschuiven van het bevoorradingsgebied naar de nieuwe handelszaak.

- in **Malta** is de grootte van een detailhandelszaak determinerend in de vraag waar deze kan worden gevestigd. Detailhandelszaken die kleiner zijn dan 250 m² kunnen zich in een woongebied vestigen, terwijl grotere detailhandelszaken zich in een handelsgebied moeten vestigen.

De grotere detailhandelszaken worden idealiter gesitueerd in een stadscentrum of aan de rand van een stad, waar openbaar vervoer beschikbaar is;

- in **Griekenland** wordt in de meeste regio's een handelsvestigingsvergunning vereist, afhankelijk van de vloeroppervlakte van de detailhandelszaak en afhankelijk van de afstand van de zaak tot de gemeente;
- in **Italië** hebben de meeste regio's een regeling waarbij detailhandelszaken in historische gebieden kunnen worden gereguleerd (bijv. minimumafstanden tussen verschillende zaken, oppervlaktebeperkingen) waarbij bepaalde detailhandel wordt verboden (bijv. op de Ponte Vecchio in Firenze mogen detailhandelszaken zich enkel vestigen op voorwaarde dat zij goud en juwelen verkopen) of waarbij een quota wordt opgelegd.

Ook in de regio Sicilië geldt een quotasysteem, waarbij er een beperking op het aantal grootschalige detailhandelszaken met een bepaalde oppervlakte wordt opgelegd. Deze regeling werd reeds door een Italiaanse rechtbank gerechtvaardigd bevonden. Het quotasysteem hield rekening met de bevolkingsdichtheid en de ruimte die tussen verschillende grootschalige detailhandelszaken moet bestaan, dit om milieubeschermingsredenen (verkeer, vervuiling).

⁸⁰ Zie volume II van de Legal Study, pp. 351-352.

- **Voorbeelden van beperkingen ingevolge discretionaire beslissingen van het (lokaal) bestuur van een lidstaat:**

- In **Engeland en Wales** gaat men *in concreto* na welk effect het ontwerp van detailhandelszaak op het gebied heeft. Over het algemeen wordt de voorkeur gegeven aan een detailhandelszaak die in het stadscentrum is gesitueerd. Het beleid geeft er aldus de voorkeur aan om detailhandelszaken in het stadscentrum te laten vestigen eerder dan aan de stadsrand of buiten de stad. Een aanvraag voor een detailhandelszaak buiten het stadscentrum vergt daarom een bijkomende rechtvaardiging.

Een vergelijkbaar beleid bestaat tevens in **Noord-Ierland** en **Schotland**;

- in **Nederland** kunnen gemeenten in bestemmingsplannen beperkingen op de grootte van detailhandelszaken opleggen.

Een vergelijkbaar systeem bestaat in heel wat andere lidstaten, zoals **Slovakije** en **Slovenië**.

Deze beperkingen kunnen evenwel niet economisch van aard zijn, zoals de Nederlandse Raad van State onder meer in een arrest van 27 maart 2013 heeft geoordeeld. In deze zaak betrof het een bestemmingsplan dat een grote DIY-winkel toeliet. Concurrenten vochten het plan aan, omdat een nieuwe winkel een duurzame ontwrichting van het voorzieningsniveau zou teweegbrengen. De Nederlandse Raad van State oordeelde evenwel als volgt: *“de vraag of sprake is van een duurzame ontwrichting van het voorzieningsniveau [geeft] geen doorslaggevende betekenis toe aan de vraag of sprake is van overaanbod in het verzorgingsgebied en mogelijke sluiting van bestaande detailhandelsvestigingen, maar is het doorslaggevende criterium of voor de inwoners van een bepaald gebied een voldoende voorzieningsniveau behouden blijft in die zin dat zij op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun geregelde inkopen kunnen doen.”*⁸¹ De Nederlandse Raad van State lijkt beperkingen, zoals vloeroppervlakten, aldus ook te aanvaarden op grond van consumentenbelangen. De Raad wijst er wel uitdrukkelijk op dat economische motieven niet kunnen spelen;

- in **Zweden** is het bestuur bij de beoordeling over een vergunningsaanvraag verplicht om een beoordeling van de geschiktheid van de locatie voor de detailhandelszaak op

⁸¹ He arrest kan ook via de volgende link worden geraadpleegd: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RVS:2013:BZ7504&showbutton=true&keyword=%22hornbach%22>.

te maken. Daarbij worden niet enkel ruimtelijke motieven in rekening gebracht, maar ook het concurrentieel effect van de handelszaak.

48 De territoriale en kwantitatieve beperkingen die de lidstaten stellen, worden over het algemeen op grond van de volgende gronden gerechtvaardigd: het versterken van de leefbaarheid van de steden, het vermijden van ongunstige effecten op de ruimtelijke ordening, het beperken van het verkeer, leegstand van het stadscentrum vermijden, het beschermen van historisch erfgoed. Het hoofddoel is er in wezen steeds de ontwikkeling en/of het behoud van een aantrekkelijk stadscentrum. Deze motieven liggen in lijn met de motieven die in het decreet IHB worden vooropgesteld ter rechtvaardiging van een beperking.

In de gevallen waar beperkingen de vorm aannemen van verbodsbepalingen op bepaalde detailhandelszaken, worden de volgende rechtvaardigingsgronden aangehaald: consumentenbescherming, het voordeel dat consumenten bij een reductie aan aanbod hebben (bijv. transactiekosten zoals “*search and transport costs*”).

Uit de in de Legal Study besproken rechtspraak blijkt ook dat rechters over het algemeen de dwingende redenen van algemeen belang en de evenredigheid van de maatregel aanvaarden.

49 Het valt wel op dat de lidstaten voormelde rechtvaardigingsgronden op hun eigen manier invullen. Nu weer worden zij gebruikt om (grootschalige) detailhandelszaken in het stadscentrum toe te laten (bijv. in het Verenigd Koninkrijk). In andere lidstaten wordt de voorkeur gegeven aan het lokaliseren van grootschalige detailhanden in de buitenwijken van de stad (bijv. Sweden, Slovenië).

Bovendien blijkt uit de voorbeelden die de Legal Study geeft dat voormelde rechtvaardigingsgronden een schijnmotief zijn en dat de achterliggende bedoeling economisch van aard is, m.n. de bescherming van de bestaande handelszaken tegen concurrentie (zie bijv. het Deens voorbeeld inzake de vestiging van een supermarkt in de gemeente Horsholm⁸²). Het spreekt voor zich dat dit niet is toegestaan.

Dat er verschillen tussen de lidstaten zijn, is op zich niet verwonderlijk. De Dienstenrichtlijn spreekt zich immers niet uit over de wijze waarop lidstaten hun beleid moeten voeren. De lidstaten zijn nog steeds vrij in de keuzes van hun ruimtelijk, sociaal of cultureel beleid. Zo ook kunnen de gemeenten in het Vlaamse Gewest eigen keuzes maken, die onderling verschillen. Daar is niets mis mee, op voorwaarde dat een gebeurlijke beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst overeenkomstig artikel 15, lid 3 van de Dienstenrichtlijn wordt gerechtvaardigd.

50 De Legal Study voorziet niet in een concrete toetsing van voormelde eisen aan de voorwaarden van artikel 15, lid 3 van de Dienstenrichtlijn. Zij benadrukt wel meermaals dat een

⁸² Legal Study, Volume II, p. 859-860.

Stibbe

beperking onevenredig is wanneer zij “*een aanzienlijke invloed [heeft] op de mogelijkheden om grote winkelbedrijven te openen*”. Dit is volgens de Legal Study derhalve de toetssteen waaraan een beperking moet worden getoetst.

In de conclusie van de Legal Study wordt er voorts op gewezen dat een volledig verbod op de vestiging van detailhandelszaken niet kan worden gerechtvaardigd. Een dergelijk verbod zou te vergaand zijn.

(c) **Besluit**

51 Uit de Legal Study blijkt dat de lidstaten van de Europese Unie soortgelijke motieven hanteren om territoriale of kwantitatieve beperkingen met betrekking tot kleinhandelsactiviteiten te rechtvaardigen.

Deze motieven vinden over het algemeen hun grondslag:

- in het ruimtelijk beleid dat de lidstaat / het (lokaal) bestuur van de lidstaat wenst te voeren. Dit veruitwendigt zich hetzij in een beleid dat kleinhandelsactiviteiten in het stadscentrum aanmoedigt of zelfs *quasi* verplicht, hetzij in een beleid dat kleinhandelsactiviteiten uit het stadscentrum weert;
- in milieubeschermingsredenen, zoals het vermijden van onaanvaardbare mobiliteitseffecten (en de daaruit voortvloeiende luchtvervuiling);
- in culturele redenen zodat het stadscentrum een bepaalde (historische) identiteit behoudt;
- in de consumentenbescherming, en met name in de ambitie om een voldoende voorzieningenniveau te behouden voor de consument. De consument moet immers in staat zijn om op aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun geregelde inkopen te doen.

4 DE ARGUMENTATIE VAN EEN BEPERKING OP DE TOEGANG TOT OF DE UITOEFENING VAN EEN DIENST

52 In dit hoofdstuk gaan wij in op de wijze waarop een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst moet worden gemotiveerd. Dit hoofdstuk steunt op de conclusies van hoofdstukken twee en drie.

Vooreerst geven wij in hoofdstuk 4.1 in het algemeen weer op welke wijze een rechtvaardiging van een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst moet worden gestructureerd.

Vervolgens geven wij een aantal richtlijnen die in acht zijn te nemen bij de opmaak van een argumentatie van een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst.

Tot slot reiken wij voor elk van de vier doelstellingen van het decreet IHB een voorbeeldmotivering aan. Wij doen dit aan de hand van korte theoretische casussen. De voorbeeldargumentatie kan vervolgens naar analogie worden toegepast op andere casussen die op de besproken doelstelling van het decreet IHB van toepassing zijn.

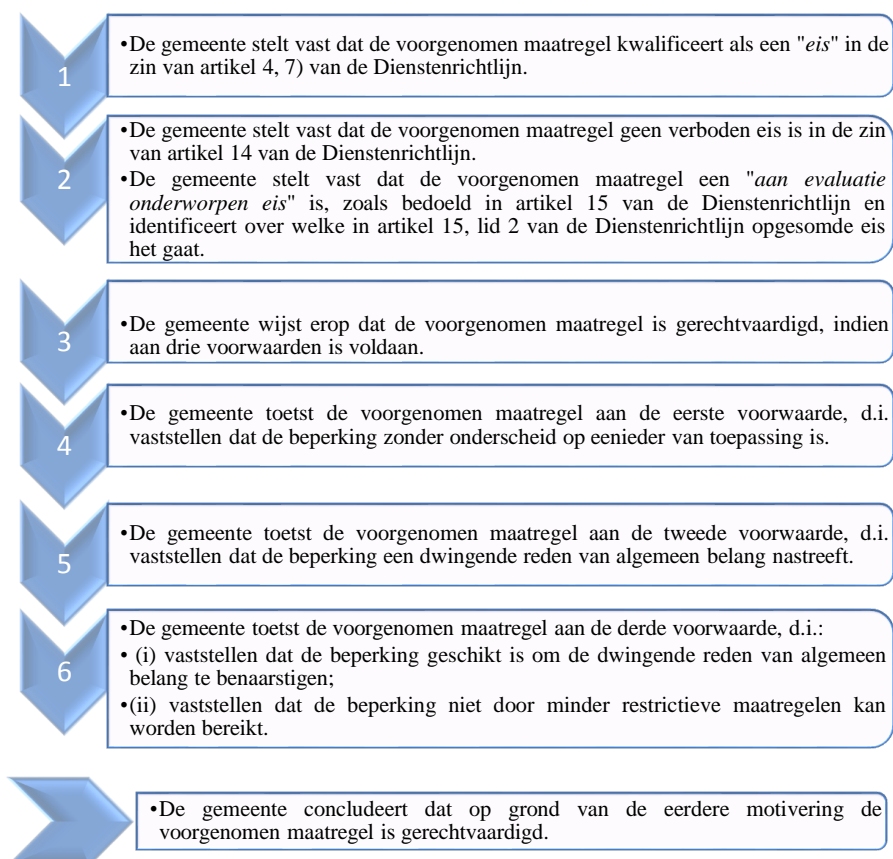
4.1 Structuur van de voorbeeldargumentatie van de beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst

53 De argumentatie van een beperking op de toegang tot of de uitoefening van een dienst moet zorgvuldig worden gemotiveerd. Het verdient o.i. daarbij de voorkeur om de structuur van artikel 15 van de Dienstenrichtlijn te volgen⁸³, dewelke ook door het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt gevolgd.

Hierna geven wij een schematisch overzicht van deze structuur:

⁸³ Zoals gezegd gaan wij er in huidig advies aldus vanuit dat de Dienstenrichtlijn van toepassing is en dat de beperking een "eis" is in de zin van artikel 4, 7) van de Dienstenrichtlijn.

Stibbe



4.2 Richtlijnen bij de opmaak van een argumentatie

54 Uit de besproken rechtspraak en rechtsvergelijking kunnen een aantal algemene richtlijnen worden afgeleid. Deze richtlijnen zijn te betrekken bij de vraag of de ene of andere beperking gerechtvaardigd is.

55 Vooreerst is het van belang dat er op de juiste rechtvaardigingsgronden een beroep wordt gedaan. *In casu* zijn dit de doelstellingen, vermeld in artikel 4 van het decreet IHB doch wij wijzen er op dat het Hof van Justitie van de Europese Unie ook andere dwingende redenen van algemeen belang aanvaardt.

O.i. biedt het decreet IHB evenwel geen ruimte om andere doelstellingen, dan deze vermeld in artikel 4 van het decreet IHB, in acht te nemen. In de parlementaire voorbereiding bij het decreet IHB wordt immers als volgt bepaald: *“Deze basisdoelstellingen worden beschouwd als dwingende redenen van algemeen belang die de opmaak van regelgeving inzake kleinhandelsactiviteiten verantwoorden. Ze gelden als kader zowel op visie- en planniveau als op vergunningenniveau bij het nemen van de bestuurlijke beslissingen inzake handelsvestigingen.”*⁸⁴ De vier doelstellingen van het decreet IHB zijn aldus het kader waaraan het bestuur zich bij de opmaak van een instrument ter verwezenlijking van het decreet IHB moet richten.

Onderstaand overzicht somt de (voor het integraal handelsvestigingsbeleid relevante⁸⁵) rechtvaardigingsgronden⁸⁶ op:

<u>Relevante rechtvaardigingsgronden</u>	
<u>WEL</u>	<u>NIET</u>
<ul style="list-style-type: none"> • de ruimtelijke ordening; • het milieu, m.i.v. mobiliteit; • cultuurbeleid; • behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed; • consumentenbescherming. 	<ul style="list-style-type: none"> • de bescherming van het bestaande handelsapparaat; • de bescherming van concurrenten; • het gebrek aan inkomsten of economische impulsen die door een bepaalde kleinhandelsactiviteit worden gegenereerd; • het gebrek aan politieke steun voor een project.

56 Uit de rechtspraak blijkt dat de toets of een bepaalde beperking verantwoord is, in het licht van een reden van algemeen belang relatief soepel wordt ingevuld.

Het is vooral de evenredigheidstoets die bepaalt of een beperking al dan niet is gerechtvaardigd. Of een beperking deze toets doorstaat, zal in belangrijke mate afhangen van de concrete omstandigheden

⁸⁴ *Parl.St.* VI.Parl. 2015-2016, nr. 767/1, 47.

⁸⁵ De lijst van *“dwingende redenen van algemeen belang”* is immers lang. Niet alle gronden zijn echter relevant voor het integraal handelsvestigingsbeleid, bijv. de openbare veiligheid, de handhaving van het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, eerlijkheid van handelstransacties, etc.

⁸⁶ Wij nemen de eisen uit artikel 14 van de Dienstenrichtlijn niet op in dit overzicht. Deze argumenten zijn immers steeds verboden en dus in geen enkel geval relevant.

Stibbe

van de zaak. Niettemin kan uit de besproken rechtspraak en uit een onderzoek van de Legal Study een aantal richtlijnen worden afgeleid, die in belangrijke mate de haalbaarheid van een beperking determineren:

- De mogelijkheid tot vestiging mag niet afhankelijk worden gesteld van de aanwezigheid van andere commerciële voorzieningen in het betrokken gebied en/of de economische impact op het bestaande handelsapparaat.

Wat wel kan: een geografische spreiding van het aanbod aan kleinhandel opleggen om de consumenten een voldoende toegankelijk en gevarieerd aanbod aan kleinhandel te waarborgen. Dit betreft immers consumentenbescherming en is geen economische eis.

- ⇒ Het zal soms een dunne lijn tussen beide zijn. Het verdient aanbeveling om in de motivering duidelijk aan te geven welke doelstelling met de beperking wordt benaastigd. Op deze manier wordt alleszins geanticipeerd op eventuele kritiek dat een beperking zou zijn ingegeven door economische eisen. Economische motieven zijn uit den boze.
- Het bestuur kan ter staving van haar doelstellingen enkel verwijzen naar een goedgekeurd beleid, dat publiek bekend is. Indien het beleidsdocument (online) raadpleegbaar is, dan is het aangewezen om een verwijzing naar de betreffende webpagina of referentie op te nemen.
- In beginsel is een algemeen verbod op de uitoefening van een dienst onevenredig en dus verboden.

Wat wel kan: een verbod op een dienstenactiviteit, hetzij:

- a) op voorwaarde dat er elders op het grondgebied van de gemeente nog voldoende ruimte is om de uitgesloten dienstenactiviteit te exploiteren. De alternatieve mogelijkheden voor een exploitant om zijn diensten op het grondgebied van het bestuur te verlenen, moeten aldus worden weergegeven;
- b) op voorwaarde dat het algemeen verbod met een analyse van de geschiktheid en evenredigheid van de maatregel wordt gerechtvaardigd, bijv. door studies te voegen waaruit de noodzakelijkheid van een algemeen verbod blijkt.
- ⇒ De evenredigheid van de maatregel moet, in de huidige stand van de rechtspraak, worden getoetst aan de vraag of de beperking een *“aanzienlijke invloed [heeft] op de mogelijkheden om grote winkelbedrijven te openen”*.
- Het bestuur moet coherent zijn in zijn beslissing om een bepaalde beperking op te leggen, bijv.:

Stibbe

- o indien het bepaalde kleinhandelsactiviteiten wil verbieden wegens de mobiliteits- of leegstandseffecten op het stadscentrum, dan kan zij niet tegelijk andere kleinhandelsactiviteiten met vergelijkbare mobiliteits- of leegstandseffecten op het centrum toelaten;
- o indien het bestuur het stadscentrum wil vrijwaren van bepaalde types van detailhandelsactiviteiten op grond dat er een voldoende toegankelijk en gevarieerd aanbod aan kleinhandel moet zijn, dan moet deze redenering gelden voor alle vergelijkbare types van detailhandelskleinhandelsactiviteiten.

Indien het bestuur op zijn grondgebied bijv. te kampen heeft met heel wat nachtwinkels en de nog overblijvende ruimte voor andere types van detailhandelszaken wil vrijwaren met het oog op een voldoende toegankelijk en gevarieerd winkelaanbod, dan is het niet consequent om een met een nachtwinkel vergelijkbare voedingszaak (bijv. een eenmanszaak in voeding) op het grondgebied toe te laten.

4.3 Voorbeeldargumentatie met betrekking tot de vier doelstellingen van het decreet IHB

57 In dit hoofdstuk geven wij voor elk van de doelstellingen uit het decreet IHB een voorbeeldargumentatie⁸⁷ die de structuur van de uiteenzetting in hoofdstuk 4.1. volgt.

Wij vertrekken daarbij van een theoretisch voorbeeld waarop wij vervolgens de voorbeeldargumentatie toepassen. Dit is met andere woorden een casus-gerichte aanpak om tot een praktisch bruikbare voorbeeldargumentatie te komen. Te benadrukken is dat de formuleringen uit de voorbeeldargumentatie zoveel als mogelijk zijn afgestemd op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

58 Wij wijzen er op dat sommige van de vier doelstellingen van het decreet IHB samengaan. Het kan evenwel voorkomen dat er een spanningsveld ontstaat bij de invulling van de vier doelstellingen, bijv. indien een bestuur bepaalde detailhandel niet in zijn stadscentrum wil (om culturele en ruimtelijke redenen) doch het wil eveneens het buitengebied vrijwaren van verdere verlinting. In dat geval ziet de exploitant van de geweerde detailhandel zich geconfronteerd met een verbod om zijn activiteiten te benaarstigen. Dit is in beginsel een niet-evenredige beperking van de toegang tot of de uitoefening van een dienst.

Dit spanningsveld hoeft echter niet altijd te bestaan. In sommige gevallen zal een voorgenomen beperking onder meer dan één van de doelstellingen van het decreet IHB ressorteren. In dat geval

Met opmerkingen [HE5]: Zijn hier twee voorbeelden door elkaar gehaald? Of gaat dit uit van het idee dat die grootschalige winkels alle kleinere zou beconcurreren, wat niet mag.

Stibbe: Wij hebben de tekst zoals telefonisch besproken wat aangepast en veralgemeend.

Met opmerkingen [HE6]: Hier laat ik het voorbeeld ook staan, hoewel het niet al te vaak voorkomt (behalve eventueel met een Action).

Stibbe: akkoord.

⁸⁷ Sommige delen uit de voorbeeldargumentatie zijn in geel gemarkeerd. Deze gele markeringspunten zijn aandachtspunten voor de besturen voor wie de voorbeeldargumentatie is bedoeld.

kan er worden verwezen naar beide doelstellingen. Een en ander zal afhangen van de concrete feiten en de beleidskeuzes die het bestuur heeft gemaakt.

(a) ***Doelstelling één: het creëren van duurzame vestigingsmogelijkheden, m.i.v. het vermijden van ongewenste kleinhandelslinten***

(i) *Algemeen*

59 Met deze doelstelling van het decreet IHB beoogt men te komen tot een ruimtelijk duurzame ontwikkeling van het aanbod aan vestigingsmogelijkheden voor kleinhandel. Het integraal handelsvestigingsbeleid wil met name aansturen op een kwalitatief gebruik van de bebouwde ruimte en een maximaal behoud van open ruimte.

Deze doelstelling kan verscheidene verschijningsvormen kennen, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding:

“- de mogelijkheden van hergebruik worden maximaal ingezet (vs. het in gebruik nemen van ‘greenfields’);

- er wordt ingezet op clustering van activiteiten op een ruimtelijk doordachte manier waarbij rekening wordt gehouden met de principes van intensief, meervoudig en omkeerbaar ruimtegebruik;

- nieuwe lintbebouwing en solitaire kleinhandelsontwikkelingen worden zoveel mogelijk tegengegaan;

- het verrommelen van de specifiek voor economische activiteiten bestemde ruimte wordt vermeden. Kleinhandelszones worden ontwikkeld als specifieke gebieden. Kleinhandel in industriegebied moet worden afgebouwd.”⁸⁸

Wij begrijpen aldus dat een bestuur op grond van deze doelstelling onder meer territoriale beperkingen kan stellen aan de locaties waar detailhandel kan plaatsvinden (bijv. niet in de open ruimte of in industriegebied) of de wijze waarop de kleinhandelsactiviteiten vorm nemen (bijv. clustering van activiteiten).

(ii) *Toepassing in casu*

60 Gemeente X wil een kwalitatief gebruik van de bebouwde ruimte en de open ruimte maximaal vrijwaren. Om die reden verkiest zij dat detailhandelaars zich op een specifieke locatie binnen een bebouwde zone (die zich in of aan het stadscentrum bevindt) vestigen. Kleinhandelsactiviteiten buiten de specifiek aangeduide zone worden uitgesloten.

⁸⁸ *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 767/1, 45.

Gemeente X vertaalt deze beleidskeuze vervolgens in een RUP.

Een voorbeeldargumentatie voor deze beleidskeuze luidt als volgt:

“Verenigbaarheid met de Dienstenrichtlijn:

*Overwegende dat het uitsluiten van kleinhandelsactiviteiten te [aanduiden van het geografisch gebied waarvoor de uitsluiting geldt] kan worden beschouwd als een “eis” in de zin van artikel 4, 7) van de Dienstenrichtlijn; dat het immers een verbodsbepaling betreft die aan exploitanten van kleinhandelsactiviteiten de toegang ontzegt om zich te vestigen binnen het gebied dat zich uitstrekt van [XXX] tot [XXX] **OF** dat is aangeduid als zone [XXX] en aldaar hun diensten te verrichten;*

Overwegende dat deze eis is onderworpen aan de bepalingen van afdeling 2 van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn;

Overwegende dat vooreerst dient te worden vastgesteld dat het geen verboden eis in de zin van artikel 14 van de Dienstenrichtlijn betreft; dat het immers geen van de in voormeld artikel opgesomde eisen betreft;

Overwegende dat artikel 15, lid 2, a) van de Dienstenrichtlijn te dezen van toepassing is, vermits het een territoriale beperking op de toegang tot een dienst betreft;

Overwegende dat een dergelijke eis is gerechtvaardigd, wanneer cumulatief aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: (i) het verbod maakt geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of naar plaats van statutaire zetel ingeval van vennootschappen, (ii) het verbod is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en (iii) het verbod is evenredig;

Overwegende dat, wat de eerste voorwaarde betreft, het verbod geldt voor alle exploitanten van kleinhandelsactiviteiten, ongeacht de nationaliteit van de exploitanten en ongeacht de ligging van hun statutaire zetel; dat het verbod aldus zonder onderscheid in rechte en in feite op gelijke wijze op alle dienstverleners van toepassing is; dat aldus aan de eerste voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de tweede voorwaarde betreft, het verbod zijn grondslag vindt in het creëren van duurzame vestigingsmogelijkheden voor kleinhandel, zoals vermeld in artikel 4, 1° van het decreet van 15 juli 2016 betreffende het integraal handelsvestigingsbeleid; dat deze doelstelling door de decreetgever wordt beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang; dat dit verbod immers is ingegeven om redenen van duurzaam ruimtegebruik en zijn grondslag vindt in de keuze van de gemeente om de bebouwde ruimte kwalitatief te gebruiken en de open ruimte maximaal te behouden;

Dat deze keuze van de gemeente zijn grondslag vindt in [verwijzen naar de publiek bekende beleidsdocumenten waarin de visie van de gemeente werd veruitwendigd, bijv. ruimtelijke structuurplannen (op gemeentelijk maar ook desgevallend op provinciaal niveau), beleidsvisie integraal handelsvestigingsbeleid, etc. Bij voorkeur wordt verwezen naar de specifieke passage uit het beleidsdocument, desgevallend wordt het geciteerd];

Dat er tevens kan worden verwezen naar [verwijzen naar publiek bekende beleidsdocumenten inzake het behoud van de open ruimte: daarbij kan thans worden verwezen naar de beleidsdocumenten ter zake die door de Vlaamse regering zijn vastgesteld maar ook naar de gemeentelijke en/of provinciale visie daaromtrent];

Dat de bescherming van het stedelijk milieu overeenkomstig artikel 4, 8) van de Dienstenrichtlijn als een dwingende reden van algemeen belang wordt beschouwd; dat de bescherming van de ruimtelijke ordening bovendien reeds door het Hof van Justitie van de Europese Unie is erkend als een dwingende reden van algemeen belang (bijv. zaak nr. C-400/08 van 24 maart 2011 en zaak nr. C-567/07 van 1 oktober 2009);

Dat het verbod de bescherming van het stedelijk milieu en de ruimtelijke ordening waarborgt;

Dat aldus aan de tweede voorwaarde is voldaan;

*Overwegende dat, wat de derde voorwaarde betreft, het verbod geschikt is om het stedelijk milieu en de ruimtelijke ordening te waarborgen; door immers kleinhandel uit te sluiten te binnen het gebied dat zich uitstrekt van [XXX] tot [XXX] **OF** dat is aangeduid als zone [XXX] wordt dit gebied gevrijwaard van activiteiten en kan dit gebied maximaal als openruimtegebied worden behouden;*

Dat het verbod exploitanten van kleinhandelsactiviteiten ertoe aanzet hun kleinhandelsactiviteiten te ontplooiën binnen de bebouwde zone, hetgeen als positief wordt beschouwd vermits het aanzet tot een kwalitatief gebruik van de reeds aangesneden ruimte en het de open ruimte vrijwaart van activiteiten;

*Dat de gemeente te [XXX] specifiek in de mogelijkheid voorziet om kleinhandelsactiviteiten aldaar te exploiteren; dat er op deze locatie nog voldoende ruimte is voor exploitanten van kleinhandelsactiviteiten om hun activiteiten te ontplooiën, zodat het verbod om kleinhandelsactiviteiten te exploiteren binnen het gebied dat zich uitstrekt van [XXX] tot [XXX] **OF** dat is aangeduid als zone [XXX] geen aanzienlijke invloed heeft op exploitanten van kleinhandelsactiviteiten om in de gemeente hun activiteiten te benaarstigen;*

Dat aldus aan de derde voorwaarde is voldaan;

Stibbe

*Overwegende dat het verbod om kleinhandelsactiviteiten te exploiteren binnen het gebied dat zich uitstrekt van [XXX] tot [XXX] **OF** dat is aangeduid als zone [XXX] aldus is gerechtvaardigd.”*

Voormelde motivering kan naar analogie ook worden gehanteerd voor andere beperkingen op de toegang tot of de uitoefening van een dienst die op grond van de eerste doelstelling zou worden opgelegd.

(b) **Doelstellingen twee en drie: het waarborgen van een toegankelijk aanbod voor consumenten én het waarborgen en versterken van de leefbaarheid in het stedelijk milieu**

(i) *Algemeen*

61 Gelet op de verwevenheid tussen beide doelstellingen, worden doelstellingen twee en drie van het decreet IHB samen behandeld. Beide zijn immers gericht op het voorzien van een toegankelijk en gevarieerd aanbod aan consumenten. Zij zijn aldus ingegeven vanuit de consumentenbescherming. Deze basisdoelstelling krijgt ook een ruimtelijke dimensie (bijv. een gevarieerd aanbod aan kleinhandel voorzien zonder dat de consument verplaatsingen van twee uur moet maken, vermijden van leegstand).

(A) **Doelstelling twee:** het waarborgen van een toegankelijk aanbod voor consumenten

62 Met deze doelstelling wordt bedoeld de afstand en de bereikbaarheid van de voorzieningen. De decreetgever wil garanderen dat de bevolking steeds een voldoende aanbod aan kleinhandel binnen een bereikbare afstand tot zijn beschikking heeft, zodat lange verplaatsingen worden vermeden. Dit zou gunstig zijn voor de mobiliteit en het zou de druk op de open ruimte verminderen.

63 Deze doelstelling kan zich formaliseren in een territoriale beperking, bijv. welbepaalde locaties, die voldoende geografisch gespreid zijn en die aansluiting vinden bij de bevolkingsconcentraties aanduiden waar kleinhandelsactiviteiten zijn toegelaten.

Deze doelstelling kan zich tevens formaliseren in een kwantitatieve beperking, bijv. een maximumdrempel bepalen op het aantal toegelaten oppervlaktes voor kleinhandelsactiviteiten of percentages op de uitbreidingsmogelijkheden van bestaande kleinhandelsactiviteiten, zodat een te eenzijdig of onvoldoende gevarieerd winkelaanbod wordt vermeden. Een ander voorbeeld van een kwantitatieve beperking is dat het bestuur welbepaalde kleinhandelsactiviteiten verbiedt omdat er reeds een voldoende aanbod aan dergelijke kleinhandelsactiviteiten is.

Een combinatie van een territoriale en een kwantitatieve beperking is ook mogelijk.

Stibbe

(B) **Doelstelling drie:** het waarborgen en versterken van de leefbaarheid in het stedelijk milieu

64 Deze doelstelling beoogt om binnen de stedelijke gebieden een breed, gevarieerd en toegankelijk winkelaanbod te voorzien, verweven met andere functies.

Deze doelstelling zet aldus aan tot een kernversterkend beleid waarbij kleinhandelsactiviteiten in het stads- of dorpscentrum worden voorzien, zodat de inwoners van de kern een reële toegang tot kleinhandel hebben. Daarnaast wordt beoogd om leegstand in het stads- of dorpscentrum te vermijden.

Bepaalde ruimte-behoevende ontwikkelingen kunnen zich wel in de periferie vestigen, op voorwaarde dat het breed en gevarieerd winkelaanbod in de kernwinkelgebieden en in de kernen niet structureel wordt bedreigd.

65 Onder deze doelstelling kan een bestuur aldus een verbod op bepaalde (niet ruimte-behoevende) kleinhandelsactiviteiten in de periferie stellen. Te denken valt aan bijv. schoenmakers, sleutelmakers, etc.

Daarnaast is een kwantitatieve beperking door middel van maximumdrempels mogelijk.

66 Deze doelstelling kan zich gerealiseerd zien op beleids- of planningsniveau, maar zal zich veelal ook situeren op het vergunningsniveau.

(C) Betreffende het gelijktijdig nastreven van de doelstellingen twee en drie

67 Niet uit te sluiten is dat er een spanningsveld ontstaat indien de doelstellingen twee en drie gelijktijdig worden nagestreefd middels eenzelfde beperking: de oplossing die vanuit mobiliteitsperspectief te verkiezen zou zijn, is niet noodzakelijk de meest optimale oplossing met het oog op het verzekeren van een voldoende ruim assortiment voor de consument.

(ii) *Toepassing in casu*

(A) Voorbeeld 1: het voorzien van maximumdrempels voor handelsvestigingen in de periferie

68 Gemeente X duidt in een perifeer t.a.v. het stadscentrum gelegen gebied een specifieke zone voor kleinhandelsactiviteiten aan. Zij voorziet in deze zone in maximumdrempels die verbonden zijn aan het totaal aantal toegelaten vloeroppervlakten.

Voor elke toegelaten categorie⁸⁹ van kleinhandelsactiviteiten gelden maximumdrempels. Gemeente X wil hiermee waarborgen dat er een voldoende aanbod van de verschillende categorieën van kleinhandelsactiviteiten beschikbaar zijn.⁹⁰ Bovendien waarborgt het voorzien van maximumdrempels op de toegelaten vloeroppervlakten dat het aanbod in het stadscentrum niet structureel wordt bedreigd.

Gemeente X vertaalt deze beleidskeuze vervolgens in een RUP.

Een voorbeeldargumentatie voor deze beleidskeuze luidt als volgt:

“Verenigbaarheid met de Dienstenrichtlijn:

Overwegende dat het voorzien van een maximumdrempel op de toegelaten vloeroppervlakte te [aanduiden van het geografisch gebied waar de beperking geldt] kan worden beschouwd als een “eis” in de zin van artikel 4, 7) van de Dienstenrichtlijn; dat het immers een beperking betreft voor exploitanten van kleinhandelsactiviteiten om een dienst uit te oefenen;

Overwegende dat deze eis is onderworpen aan de bepalingen van afdeling 2 van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn;

Overwegende dat vooreerst dient te worden vastgesteld dat het geen verboden eis in de zin van artikel 14 van de Dienstenrichtlijn betreft; dat het immers geen van de in voormeld artikel opgesomde eisen betreft;

Overwegende dat artikel 15, lid 2, a) van de Dienstenrichtlijn te dezen van toepassing is, vermits het een kwantitatieve beperking op de uitoefening van een dienst betreft;

Overwegende dat een dergelijke eis is gerechtvaardigd, wanneer cumulatief aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: (i) het verbod maakt geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of naar plaats van statutaire zetel ingeval van vennootschappen, (ii) het verbod is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en (iii) het verbod is evenredig;

Overwegende dat, wat de eerste voorwaarde betreft, het verbod geldt voor alle exploitanten van kleinhandelsactiviteiten, ongeacht de nationaliteit van de exploitanten en ongeacht de ligging van hun statutaire zetel; dat het verbod aldus zonder onderscheid in rechte en in feite

⁸⁹ Een gemeente kan er hierbij voor opteren om subcategorieën te voorzien.

⁹⁰ Voor de doeleinden van dit advies abstraheren wij van de gebruikelijke problematiek die er in het kader van de planologie kan rijzen bij het gebruik van maximumdrempels (bijv. de verenigbaarheid met het zorgvuldigheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel).

op gelijke wijze op alle dienstverleners van toepassing is; dat aldus aan de eerste voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de tweede voorwaarde betreft, het verbod zijn grondslag vindt in het waarborgen van een toegankelijk aanbod voor consumenten, zoals vermeld in artikel 4, 2° van het decreet van 15 juli 2016 betreffende het integraal handelsvestigingsbeleid en in het waarborgen en versterken van de leefbaarheid in het stedelijk milieu, zoals vermeld in artikel 4, 3° van voormeld decreet; dat deze doelstellingen door de decreetgever worden beschouwd als dwingende redenen van algemeen belang;

Dat het immers van belang is dat voor de inwoners van de [gemeente [X]] een voldoende voorzieningenniveau behouden blijft, zodat zij op een aanvaardbare afstand van hun woonplaats hun inkopen kunnen doen; dat het om die reden eveneens van belang is om een voldoende evenwichtig aanbod aan kleinhandelsactiviteiten te garanderen, zodat een gezonde mix van functies binnen het stedelijk milieu, en dus een breed en gevarieerd winkelaanbod, wordt behouden; dat een onevenwichtig winkelaanbod aan kleinhandelsactiviteiten immers leidt tot het verlies aan aantrekkingskracht van het stedelijk milieu, waardoor de kernfunctie als winkelgebied verloren gaat; dat zulks het toegankelijk aanbod voor consumenten in het stedelijk milieu in het gedrang brengt;

Dat het voorzien van maximumdrempels bovendien waarborgt dat de mix van functies in het stadscentrum niet structureel wordt bedreigd; dat een te groot aanbod te [XXX] immers de koopkracht van de consument naar [XXX] doet verschuiven, hetgeen leegstandseffecten in het stadscentrum tot gevolg heeft; dat het echter van belang is dat een voldoende gezonde mix van functies in het stadscentrum wordt behouden; dat maximumdrempels deze leegstandsdynamiek kunnen temperen en waarborgen dat het aanbod aan kleinhandel in de periferie het aanbod aan kleinhandel in het stadscentrum niet structureel bedreigt;

Dat deze keuze van de gemeente zijn grondslag vindt in [verwijzen naar de publiek bekende beleidsdocumenten waarin de visie van de gemeente werd veruitwendigd, bijv. ruimtelijke structuurplannen (op gemeentelijk maar ook desgevallend op provinciaal niveau), beleidsvisie integraal handelsvestigingsbeleid, etc. Bij voorkeur wordt verwezen naar de specifieke passage uit het beleidsdocument, desgevallend wordt het geciteerd];

Dat de bescherming van consumenten in artikel 4, 8) van de Dienstenrichtlijn is opgesomd als een dwingende reden van algemeen belang; dat consumentenbescherming bovendien reeds door het Hof van Justitie van de Europese Unie is erkend als een dwingende reden van algemeen belang (bijv. zaak nr. C-220/83 van 4 december 1986);

Dat de kwantitatieve beperking de bescherming van consumenten waarborgt;

Dat aldus aan de tweede voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de derde voorwaarde betreft, de beperking geschikt is om een voldoende toegankelijk en breed winkelaanbod te waarborgen; door immers de categorieën van kleinhandelsactiviteiten elk te verbinden aan maximumdrempels wordt er gegarandeerd dat er een voldoende winkelaanbod voor elke categorie van kleinhandelsactiviteiten beschikbaar is, zodat één categorie van kleinhandelsactiviteiten niet alle beschikbare ruimte inneemt ten nadele van een andere categorie van kleinhandelsactiviteiten;

Dat het voorzien van maximumdrempels exploitanten van kleinhandelsactiviteiten aldus aanzet tot een voldoende evenwichtige verdeling in het winkelaanbod van kleinhandelsactiviteiten, zodat consumenten een voldoende toegankelijk en gevarieerd winkelaanbod wordt gewaarborgd;

Dat het voorzien van maximumdrempels tevens waarborgt dat het voorzieningenniveau van het winkelaanbod aan kleinhandel in het stadscentrum niet structureel wordt bedreigd of duurzaam wordt ontwricht; dat maximumdrempels immers perken stellen aan de mate waarin kleinhandelsactiviteiten te [XXX] mogelijk zijn; dat er aldus een complementair winkelaanbod ontstaat;

Dat er bovendien geen sprake is van een verbod op bepaalde kleinhandelsactiviteiten; dat de voorziene maximumdrempels immers voldoende ruim zijn om kleinhandelsactiviteiten te exploiteren, zodat exploitanten van alle soorten kleinhandelsactiviteiten afdoende de mogelijkheid hebben om zich te vestigen en hun activiteiten uit te oefenen;

[indien er in de gemeente andere zones zijn waar kleinhandelsactiviteiten kunnen worden geëxploiteerd, kan de volgende overweging worden toegevoegd: “overwegende dat er tot slot op andere locaties in [gemeente [X]] nog voldoende ruimte is om kleinhandelsactiviteiten te exploiteren, zodat het voorzien van maximumdrempels op de vloeroppervlakte van de categorieën van kleinhandelsactiviteiten geen aanzienlijke invloed heeft op exploitanten van kleinhandelsactiviteiten om in de gemeente hun activiteiten te benaarstigen. Bij gebrek aan dergelijke alternatieve locaties dreigt men de facto een algemeen verbod te implementeren, hetgeen in beginsel niet evenredig is. Het zal dan aan het bestuur zijn om ter zake een afdoende rechtvaardiging te voorzien dat er geen minder beperkende maatregel mogelijk is dan een algemeen verbod”];

Dat aldus aan de derde voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat het verbod om te [XXX] kleinhandelsactiviteiten te exploiteren aldus is gerechtvaardigd.”

Het is tevens mogelijk om op grond van voormelde motivering die in een vergunningsbeslissing is opgenomen in een handelsvestigingsconvenant met een exploitant van kleinhandelsactiviteiten

overeen te komen dat de exploitant in een voldoende aanbod aan kleinhandelsactiviteiten zal voorzien en/of maximumdrempels zal naleven.⁹¹

(B) Voorbeeld 2: het uitsluiten van welbepaalde kleinhandelsactiviteiten in de periferie

69 Gemeente X duidt in een perifeer t.a.v. het stadscentrum gelegen gebied een specifieke zone voor kleinhandelsactiviteiten aan. Zij laat in deze zone evenwel enkel ruimtebehoevende kleinhandelsactiviteiten toe. Ten aanzien van de andere activiteiten voert de gemeente immers een “city first”-beleid.

Gemeente X vertaalt deze beleidskeuze vervolgens in een RUP of legt in de omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten voor de exploitatie van een handelsvestiging als vergunningsvoorwaarde op dat bepaalde kleinhandelsactiviteiten zijn uitgesloten.

Een voorbeeldargumentatie voor deze beleidskeuze luidt als volgt⁹²:

“Verenigbaarheid met de Dienstenrichtlijn:

Overwegende dat een verbod op [bepaalde⁹³] kleinhandelsactiviteiten kan worden beschouwd als een “eis” in de zin van artikel 4, 7) van de Dienstenrichtlijn; dat het immers een beperking betreft voor exploitanten van kleinhandelsactiviteiten om een dienst uit te oefenen;

Overwegende dat deze eis is onderworpen aan de bepalingen van afdeling 2 van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn;

Overwegende dat vooreerst dient te worden vastgesteld dat het geen verboden eis in de zin van artikel 14 van de Dienstenrichtlijn betreft; dat het immers geen van de in voormeld artikel opgesomde eisen betreft;

⁹¹ Bij het sluiten van een handelsvestigingsconvenant dient het onpartijdigheidsbeginsel te worden geëerbiedigd (zie tevens ons advies inzake de handelsvestigingsconvenanten dd. 24 maart 2017). Het is o.i. daarom raadzaam en zelfs noodzakelijk om het handelsvestigingsconvenant over het aanbod aan kleinhandelsactiviteiten te sluiten op het ogenblik dat de exploitant reeds een vergunning voor zijn activiteiten heeft bekomen. Op die manier wordt enige discussie inzake onpartijdigheid tot een minimum herleid. Indien het convenant van vóór de vergunning dateert en er verbintenissen over het aanbod aan kleinhandel worden opgenomen, dan zouden derden kunnen opwerpen dat het vergunningverlenend bestuur reeds *de facto* haar goedkeuring aan het project heeft gegeven en dat zij haar discretionaire bevoegdheid in het kader van vergunningverlening denatureert.

⁹² De motivering kan naar analogie worden gehanteerd voor een verbod op shopping centra of het uitsluiten van welbepaalde activiteiten of categorieën van kleinhandelsactiviteiten.

In geval van een uitsluiting van bepaalde activiteiten, dan moet de maatregel wel coherent zijn: activiteiten met een vergelijkbare milieu- en verkeersimpact moeten dan hetzelfde lot ondergaan, zo niet dan dreigt de maatregel te worden gekwalificeerd als arbitrair en/of niet coherent.

⁹³ In wat volgt identificeren wij de uitgesloten activiteiten als “[bepaalde] kleinhandelsactiviteiten”.

Stibbe

Overwegende dat artikel 15, lid 2, a) van de Dienstenrichtlijn te dezen van toepassing is, vermits het een kwantitatieve beperking op de uitoefening van een dienst betreft;

Overwegende dat een dergelijke eis is gerechtvaardigd, wanneer cumulatief aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: (i) het verbod maakt geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of naar plaats van statutaire zetel ingeval van vennootschappen, (ii) het verbod is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en (iii) het verbod is evenredig;

Overwegende dat, wat de eerste voorwaarde betreft, het verbod geldt voor alle exploitanten van kleinhandelsactiviteiten, ongeacht de nationaliteit van de exploitanten en ongeacht de ligging van hun statutaire zetel; dat het verbod aldus zonder onderscheid in rechte en in feite op gelijke wijze op alle dienstverleners van toepassing is; dat aldus aan de eerste voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de tweede voorwaarde betreft, het verbod zijn grondslag vindt in het waarborgen en versterken van de leefbaarheid in het stedelijk milieu, zoals vermeld in artikel 4, 3° van het decreet van 15 juli 2016 betreffende het integraal handelsvestigingsbeleid; dat deze doelstellingen door de decreetgever worden beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang;

Dat het immers van belang is dat voor de inwoners van de [gemeente [X]] een voldoende breed en gevarieerd voorzieningenniveau behouden blijft, zodat zij niet worden uitgesloten van een reëel toegankelijke en gevarieerde kleinhandel;

Dat het een verbod op [bepaalde] kleinhandelsactiviteiten waarborgt dat het winkelaanbod aan kleinhandel in het stadscentrum niet structureel wordt bedreigd; dat de uitgesloten kleinhandelsactiviteiten immers geen ruimte-behoevende activiteiten zijn, zodat deze niet in de periferie dienen te worden benaarstigd, maar integendeel in de kern thuishoren;

Dat zulks ook blijkt uit [verwijzen naar publiek bekende beleidsdocumenten waarin de visie van de gemeente werd veruitwendigd, bijv. ruimtelijke structuurplannen (op gemeentelijk maar ook desgevallend op provinciaal niveau), beleidsvisie integraal handelsvestigingsbeleid, etc. Bij voorkeur wordt verwezen naar de specifieke passage uit het beleidsdocument, desgevallend wordt het geciteerd];

Dat het voorzien van [bepaalde] kleinhandelsactiviteiten er ook immers toe zou leiden dat de koopkracht van de consument naar [XXX] wordt verschoven, hetgeen leegstandseffecten in het stadscentrum tot gevolg heeft; dat het echter van belang is dat een voldoende breed en gevarieerd winkelaanbod in het stadscentrum wordt behouden;

[in voorkomend geval kan hier ter staving van de leegstandseffecten worden verwezen naar studies die het gevaar van deze leegstandseffecten aantonen];

Dat het om deze redenen gepast voorkomt om [bepaalde] kleinhandelsactiviteiten uit te sluiten met het oog op een reëel toegankelijke en gevarieerde kleinhandel;

Dat de bescherming van consumenten in artikel 4, 8) van de Dienstenrichtlijn is opgesomd als een dwingende reden van algemeen belang; dat consumentenbescherming bovendien reeds door het Hof van Justitie van de Europese Unie is erkend als een dwingende reden van algemeen belang (bijv. zaak nr. C-220/83 van 4 december 1986);

Dat de kwantitatieve beperking de bescherming van consumenten waarborgt;

Dat aldus aan de tweede voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de derde voorwaarde betreft, de beperking geschikt is om een voldoende toegankelijk en gevarieerd aanbod te waarborgen; door immers [bepaalde] kleinhandelsactiviteiten uit te sluiten, wordt gewaarborgd dat het winkelaanbod in de handelskern niet structureel wordt aangetast

Dat enkel het uitsluiten van [bepaalde] kleinhandelsactiviteiten ten volle vrijwaart dat de periferie maximaal wordt behouden als open ruimte en dat aansnijding van de periferie enkel kan worden toegelaten voor welbepaalde ruimte-behoevende kleinhandelsactiviteiten die complementair zijn aan het kleinhandelsaanbod uit het stadscentrum; dat de uitgesloten kleinhandelsactiviteiten evenwel niet ruimte-behoevend zijn; dat het integendeel kleinhandelsactiviteiten betreft waarvoor de [gemeente [X]] een kernversterkend beleid voert dat is gesteund op de eerder vermelde dwingende redenen van algemeen belang;

Dat er tot slot geen sprake is van een algemeen verbod op [bepaalde] kleinhandelsactiviteiten; dat de uitgesloten kleinhandelsactiviteiten immers kunnen worden geëxploiteerd op andere locaties binnen de gemeenten, zoals daar zijn [opsommen van de locaties waar de uitgesloten activiteiten kunnen plaatsvinden], zodat er geen sprake is van een aanzienlijke invloed op de mogelijkheden om [bepaalde] kleinhandelsactiviteiten in de [gemeente [X]] te exploiteren;

Dat aldus aan de derde voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat het verbod om te [XXX] kleinhandelsactiviteiten te exploiteren aldus is gerechtvaardigd.”

Wij wijzen er op dat een verbod op bepaalde kleinhandelsactiviteiten o.i. delicaat is. Van wezenlijk belang is de vraag of de uitgesloten kleinhandelsactiviteiten elders in de gemeente kunnen worden

geëxploiteerd. Indien dit niet het geval is, dan is er in wezen sprake van een algemeen verbod op de uitgesloten activiteiten, hetgeen in beginsel strijdig is met de Dienstenrichtlijn.

(c) ***Doelstelling vier: het bewerkstelligen van een duurzame mobiliteit***

(i) *Algemeen*

70 Tot slot wordt met het decreet IHB beoogd om een significante negatieve impact op de bestaande mobiliteitssituatie te vermijden.

71 Op grond van deze doelstelling kan een bestuur bepaalde verkeersgenererende activiteiten verbieden of deze activiteiten aan maximumdrempels verbinden. Dit verbod moet wel op objectieve gegevens zijn gesteund. In voorkomend geval zal het plan-MER (of project-MER of een mobiliteitsstudie)⁹⁴ de noodzakelijke gegevens bevatten om te beoordelen of de mobiliteitshinder die door een bepaald project wordt gegenereerd onaanvaardbaar is.

Het bestuur zou eveneens als vergunningsvoorwaarde kunnen opleggen dat bepaalde kleinhandelsactiviteiten, m.n. deze die verkeersgenererend zijn, niet zijn toegelaten of minstens aan maximumdrempels zijn verbonden. Deze motivering moet ook steunen op objectieve gegevens (in voorkomend geval de uitgevoerde milieustudies).

(ii) *Toepassing in casu*

72 Gemeente X wil een kleinhandelszone in het stadscentrum afbakenen. Zij wil echter niet dat grootschalige detailhandel (bijv. zaken vanaf 1.000 m²⁹⁵) in het stadscentrum wordt toegelaten omwille van de negatieve mobiliteitseffecten die daarmee gepaard gaan. Enkel kleinschalige detailhandel wordt in de afgebakende kleinhandelszone toegelaten.

De gemeente stelt de kleinhandelszone in een RUP vast.

Een voorbeeldargumentatie voor deze beleidskeuze luidt als volgt:

“Verenigbaarheid met de Dienstenrichtlijn:

Overwegende dat enkel kleinhandelsactiviteiten tot 1.000 m² in de kleinhandelszone toelaatbaar zijn; dat deze beperking kan worden beschouwd als een “eis” in de zin van

⁹⁴ Indien via een ander instrument dan een RUP zou worden gewerkt.

⁹⁵ Voor de doeleinden van dit advies nemen wij een willekeurige parameter. Wij wijzen er op dat deze parameter in de praktijk niet willekeurig mag zijn gekozen.

Stibbe

artikel 4, 7) van de Dienstenrichtlijn; dat het immers een beperking betreft voor exploitanten van kleinhandelsactiviteiten van meer dan 1.000 m² om een dienst uit te oefenen;

Overwegende dat deze eis is onderworpen aan de bepalingen van afdeling 2 van hoofdstuk III van de Dienstenrichtlijn;

Overwegende dat vooreerst dient te worden vastgesteld dat het geen verboden eis in de zin van artikel 14 van de Dienstenrichtlijn betreft; dat het immers geen van de in voormeld artikel opgesomde eisen betreft;

Overwegende dat artikel 15, lid 2, a) van de Dienstenrichtlijn te dezen van toepassing is, vermits het een kwantitatieve beperking op de uitoefening van een dienst betreft;

Overwegende dat een dergelijke eis is gerechtvaardigd, wanneer cumulatief aan de volgende drie voorwaarden is voldaan: (i) het verbod maakt geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of naar plaats van statutaire zetel ingeval van vennootschappen, (ii) het verbod is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang en (iii) het verbod is evenredig;

Overwegende dat, wat de eerste voorwaarde betreft, het verbod geldt voor alle exploitanten van kleinhandelsactiviteiten, ongeacht de nationaliteit van de exploitanten en ongeacht de ligging van hun statutaire zetel; dat het verbod aldus zonder onderscheid in rechte en in feite op gelijke wijze op alle dienstverleners van toepassing is; dat aldus aan de eerste voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de tweede voorwaarde betreft, het verbod zijn grondslag vindt in het het bewerkstelligen van een duurzame mobiliteit, zoals vermeld in artikel 4, 4^o van het decreet van 15 juli 2016 betreffende het integraal handelsvestigingsbeleid; dat deze doelstellingen door de decreetgever worden beschouwd als een dwingende reden van algemeen belang;

Dat de verkeersgenererende werking van kleinhandelszaken vanaf 1.000 m² immers leidt tot significante verkeersproblemen in het stadscentrum, hetgeen ongewenst is;

Dat uit het [citeren van de conclusies van de studie waaruit de ongewenste verkeersgenererende werking blijkt. O.i. is het daarnaast aangewezen om een overzicht te geven van de bestaande mobiliteitssituatie en de gevolgen indien bijkomende ontwikkelingen worden toegelaten]; dat daaruit aldus afdoende de significant negatieve mobiliteitsimpact van grootschalige detailhandel blijkt;

Dat het verbod op grootschalige detailhandel aldus aansluiting vindt bij de beleidsvisie inzake de regulering van de hoeveelheid en de doorstroming van het verkeer dat binnen en buiten het stadscentrum gaat;

Dat zulks ook blijkt uit [verwijzen naar publiek bekende beleidsdocumenten waarin de visie van de gemeente werd veruitwendigd, bijv. ruimtelijke structuurplannen (op gemeentelijk maar ook desgevallend op provinciaal niveau), beleidsvisie integraal handelsvestigingsbeleid, etc. Bij voorkeur wordt verwezen naar de specifieke passage uit het beleidsdocument, desgevallend wordt het geciteerd];

Dat de bescherming van het milieu in artikel 4, 8) van de Dienstenrichtlijn is opgesomd als een dwingende reden van algemeen belang; dat milieubescherming bovendien reeds door het Hof van Justitie van de Europese Unie is erkend als een dwingende reden van algemeen belang (bijv. zaak nr. C-400/08 van 24 maart 2011);

Dat het verbod op grootschalige detailhandel de milieubescherming waarborgt;

Dat aldus aan de tweede voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat, wat de derde voorwaarde betreft, het verbod geschikt is om de ongewenste mobiliteitseffecten te vermijden en zodoende de leefbaarheid van het stadscentrum voor haar inwoners te waarborgen;

Dat grootschalige detailhandel een groter verkeersgenererend effect heeft dan kleinschalige detailhandel, aangezien het verzorgingsgebied van dergelijke handel verder reikt dan enkel het stadscentrum en het ook inwoners van andere gemeenten bedient; dat dergelijke grootschalige detailhandel aldus heel wat bijkomende verkeersstromen genereert, dewelke echter tot significant negatieve milieueffecten leiden; dat het vermijden van deze milieueffecten essentieel wordt geacht om de leefbaarheid van het stadscentrum te vrijwaren; [voegen van een bijkomende overweging over de keuze van 1.000 m² als parameter, gesteund op de mobiliteitsstudie die is uitgevoerd – het moet duidelijk zijn dat deze parameter op objectieve gegevens steunt en niet arbitrair is];

Dat enkel een verbod op grootschalige detailhandel in het stadscentrum aldus ten volle de bescherming van het milieu vrijwaart ten volle vrijwaart;

Dat er tot slot geen sprake is van een algemeen verbod op grootschalige detailhandel; dat grootschalige detailhandel immers kan worden geëxploiteerd op andere locaties binnen de gemeente, zoals daar zijn: [opsommen van de locaties waar de uitgesloten activiteiten kunnen plaatsvinden], zodat er geen sprake is van een aanzienlijke invloed op de mogelijkheden om grootschalige detailhandel in de [gemeente [X]] te exploiteren;

Stibbe

Dat aldus aan de derde voorwaarde is voldaan;

Overwegende dat het verbod op grootschalige detailhandel aldus is gerechtvaardigd.”

73 Opnieuw is te benadrukken dat een dergelijke beperking delicaat is indien er binnen de gemeente geen andere aanvaardbare locaties beschikbaar zijn. Zulks zou immers maken dat de voormelde beperking neerkomt op een algemeen verbod. Het komt aan het bestuur toe om, op zorgvuldige wijze, een motivering te formuleren inzake de geschiktheid van de beperking evenals de redenen waarom minder beperkende maatregelen niet afdoende zijn ter realisatie van de beoogde doelstelling.

* *

*

Wij hopen u hiermee nuttige inlichtingen te hebben bezorgd. Aarzel niet ons te contacteren, indien u verdere vragen heeft.

Met vriendelijke groeten,

Jan Bouckaert

Stefanie François

Yves Sternotte