



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 58.751/1
van 12 februari 2016

over

een voorontwerp van decreet 'betreffende het integraal
handelsvestigingsbeleid'

Op 22 december 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Werk, Economie, Innovatie en Sport verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 12 februari 2016, een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet ‘betreffende het integraal handelsvestigingsbeleid’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 28 januari 2016. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Patricia DE SOMERE, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 12 februari 2016.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt tot het regelen van het handelsvestigingsbeleid van het Vlaamse Gewest. Deze regeling komt in de plaats van de wet van 13 augustus 2004 ‘betreffende de vergunning van handelsvestigingen’, die wordt opgeheven. De procedure tot het bekomen van een vergunning voor kleinhandelsactiviteiten wordt geïntegreerd in de procedure van de omgevingsvergunning.

Het ontwerp bevat hiertoe de definities en de basisdoelstellingen van het integraal handelsvestigingsbeleid (hoofdstuk 1). Zowel het Vlaamse Gewest als de provincies en de gemeenten kunnen ter uitvoering van de in artikel 4 vermelde doelstellingen een visie ontwikkelen. Er wordt een Comité voor Kleinhandel opgericht, dat onder meer advies kan geven over alle aangelegenheden met betrekking tot een integraal handelsvestigingsbeleid, hetzij op verzoek, hetzij op eigen initiatief (hoofdstuk 2). Door middel van gemeentelijke of provinciale ruimtelijke uitvoeringsplannen en stedenbouwkundige verordeningen kunnen onder meer kernwinkelgebieden en winkelarme gebieden worden afgebakend en normen worden opgelegd inzake de oppervlakte en de categorieën van kleinhandelsactiviteiten (hoofdstuk 3). Het toepassingsgebied van de vergunningsplicht is geïnspireerd op dat van de sociaal-economische vergunning geregeld door de wet van 13 augustus 2004. De vergunning voor kleinhandelsactiviteiten wordt geïntegreerd in de omgevingsvergunning en wordt verleend overeenkomstig het decreet van 25 april 2014 ‘betreffende de omgevingsvergunning’. Een gevolg hiervan is dat de Raad voor Vergunningsbetwistingen bevoegd wordt voor geschillen inzake de vergunning na de laatste administratieve aanleg (hoofdstuk 4).

De handelsvestigingsconvenanten zijn vrijwillige overeenkomsten naar burgerlijk recht tussen een of meer gemeenten en een of meer ontwikkelaars of exploitanten van kleinhandelsbedrijven, waarin afspraken worden gemaakt over, onder meer, het aanbod- en locatiebeleid, gezamenlijke initiatieven en de bekostiging ervan en de participatie in het kernversterkend beleid van de betrokken gemeenten (hoofdstuk 5). Hoofdstuk 6 betreft de handhaving van het handelsvestigingsbeleid. Deze regeling is in grote mate geïnspireerd op het milieuhandhavingsrecht, zoals vastgesteld in het decreet van 5 april 1995 ‘houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid’, waarvan diverse bepalingen bij verwijzing toepasselijk worden gemaakt. Er worden toezichthouders aangeduid (afdeling 1) die raadgevingen en aanmaningen kunnen geven (afdeling 2). Er is voorzien in een regeling van bestuurlijke handhaving (afdeling 3), waarbij een bestuurlijke geldboete kan worden opgelegd, desgevallend samen met een voordeelontneming. Het Milieuhandhavingscollege wordt bevoegd gemaakt voor betwistingen

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de conformiteit met hogere rechtsnormen verstaan.

hieromtrent. Er is tevens voorzien in een regeling van bestuurlijke maatregelen (afdeling 4), zoals het stakingsbevel en de minnelijke schikking. Hoofdstuk 7 bevat de wijzigingsbepalingen, onder meer aan het decreet van 5 april 1995, aan de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna Vlaamse Codex), en aan het decreet van 25 april 2014. Hoofdstuk 8 voorziet in de opheffing van de wet van 13 augustus 2004 ‘betreffende de vergunning van handelsvestigingen’. Hoofdstuk 9 bevat de slotbepalingen, waaronder overgangsbepalingen en de regeling van de inwerkingtreding van het decreet.

BEVOEGDHEID

A. Algemeen

3. Op grond van artikel 6, § 1, VI, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ zijn de gewesten bevoegd, wat de economie betreft, voor:

“6° De vestigingsvoorwaarden, met uitzondering van de voorwaarden voor toegang tot gezondheidszorgberoepen en tot dienstverlenende intellectuele beroepen;”.

De Vlaamse gewestwetgever vindt in voornoemde bepaling de algemene bevoegdheid om regelend op te treden inzake het beleid van de handelsvestigingen, dat valt onder de ruimere term “vestigingsvoorwaarden”.²

4. Artikel 6, § 5bis, van voornoemde bijzondere wet bevat een verplichting tot kennisgeving en overleg bij de toekenning van een vergunning voor een handelsvestiging met een netto-handelsoppervlakte van meer dan 20.000 m² gelegen op een afstand van minder dan twintig kilometer van een ander gewest of van verschillende andere gewesten.

In de memorie van toelichting bij het voorstel waarbij deze bepaling in de bijzondere wet werd ingevoegd, werd hieromtrent gesteld:³

“Teneinde te vermijden dat de vergunning van een handelsvestiging in een grensgebied ernstige schade zou veroorzaken aan een aangrenzend gewest, is vereist dat er mogelijkheden bestaan om dienaangaande overleg te plegen. Het betreft in het bijzonder geplande handelsvestigingen met een netto-handelsoppervlakte van meer dan 20 000 m² op een afstand van minder dan 20 kilometer van een of meerdere andere gewesten. Deze afstand stemt overeen met de afstand waarin het ontwerp van handelsvestiging, omwille van de omvang en de aantrekkingskracht ervan, het meest waarschijnlijk een impact heeft op het of de aangrenzende gewesten. Deze afstand dient te worden berekend in vogelvlucht vanaf de dichtste grens van het of de betrokken(e) gewest(en) tot de plaats van de handelsvestiging. In die gevallen moet(en) de regering(en) van dit of deze aangrenzende gewest(en) op de hoogte worden gesteld van het ontwerp van handelsvestiging. In artikel 5 van de wet van 13 augustus 2004 betreffende de vergunning van handelsvestigingen is nu reeds bepaald dat indien een geplande vestiging een netto-handelsoppervlakte van meer dan 2 000 m² beslaat, het college van burgemeester en schepenen de aangrenzende gemeenten op de hoogte stelt van het

² *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 91-92.

³ *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 5-2232/1, 92-95.

project. Op gelijkaardige wijze is het nodig dat voor deze geplande vestigingen in een grensgebied de aangrenzende gewesten in kennis worden gesteld door de regering van het gewest waar de ontworpen handelsvestiging zal worden gerealiseerd.

Indien een aangrenzend gewest van oordeel zou zijn dat de geplande vestiging ernstige schade zal toebrengen, kan het om overleg vragen.

[...]

Het bedoelde overleg houdt in de eerste plaats in dat er samen wordt beraadslaagd zodoende dat een echte gedachtewisseling tot stand kan worden gebracht. Voor de Raad van State, afdeling wetgeving, heeft het overleg dan ook tot doel de overheid die de beslissingsmacht heeft te verplichten rekening te houden met de opvatting van een andere overheid (Parl. St., Senaat, 1981-1982, nr. 246/1, 40). De beslissende overheid behoudt evenwel haar volledige vrijheid van handelen en kan zelfs de resultaten van dat overleg naast zich neerleggen. Overleg houdt aldus geen ‘gelijkheid van beslissing’ in, noch veronderstelt het een formeel akkoord van de andere partij.

[...]

Er kan in elk geval slechts één maal overleg verplicht worden bij de vestiging van een handelsvestiging. Bijgevolg is de overlegprocedure niet toepasselijk op de milieuvergunning of de bouwvergunning die, bovenop de vergunning van handelsvestiging zouden worden aangevraagd. Indien een gewest er echter voor zou opteren om een globale vergunning in te stellen waarin de afzonderlijke vergunning van handelsvestiging wordt geïntegreerd, blijft de overlegprocedure toepasselijk.

De voorgestelde bepaling voorziet erin dat het ‘ontwerp van handelsvestiging’ en niet de ‘vergunningsaanvraag voor een handelsvestiging’, het voorwerp uitmaakt van overleg.

Deze overlegverplichting is aldus van toepassing op de ontwerpen van handelsvestiging van meer dan 20 000 vierkante meter netto handelsoppervlakte, en op een afstand van minder dan twintig kilometer van een of meerdere ander(e) gewest(en), wat ook de wijze zij waarop de gewesten de regelgeving laten evolueren ingevolge de bevoegdheid bedoeld in artikel 6, § 1, VI, vijfde lid, 6°, en in het bijzonder ongeacht het juridisch stelsel, de benaming of de vergunningsaanvraag die van toepassing is.

Indien een gewest de vergunning van handelsvestiging zou afschaffen, blijft de verplichting tot overleg van toepassing.

De voorgestelde overlegprocedure heeft geen impact op de mogelijkheid om een vergunningsaanvraag te weigeren. Een weigeringsbeslissing is derhalve niet afhankelijk van het doorlopen van een overlegprocedure of het verstrijken van een bepaalde termijn. Een dergelijke weigering neutraliseert immers de (eventuele) schadelijke gevolgen van een geplande handelsvestiging voor aangrenzende gewesten, zodat geen overleg meer nodig is.

Het is dan ook niet nodig noch zinvol de hypothese van een weigeringsbeslissing op te nemen in het artikel dat handelt over de overlegprocedure. Er is evenwel steeds een verplichting om de aangrenzende gewesten in kennis te stellen van de vergunningsaanvraag (zonder dat dit een substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste is om een vergunning te kunnen weigeren).

In geval van toelating vormt het gebrek aan kennisgeving, of van overleg wanneer de regering van een aangrenzend gewest hiertoe heeft verzocht, een substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormvereiste.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat het overleg waarin wordt voorzien door dit voorstel van bijzondere wet geen afbreuk doet aan de bestaande vormen van overleg, zoals deze voorzien inzake de effectenbeoordeling voor het milieu. Deze vormen van overleg zullen, indien de gewesten dit wenselijk achten, kunnen worden aangepast en geïntegreerd in het overleg dat wordt geregeld door dit voorstel van bijzondere wet.”

Omwille van de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om aan de tekst van het om advies voorgelegde ontwerp, of minstens aan de toelichting, een verwijzing naar artikel 6, § 5bis, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 toe te voegen. Dit geldt in het bijzonder omdat de Vlaamse Regering, op wie de in die bepaling opgenomen verplichting tot kennisgeving rust, in beginsel niet betrokken is bij de toekenning van een omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten.

B. Toepasselijkheid van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980

5. Het om advies voorgelegde ontwerp voorziet in de uitbreiding van de bevoegdheden van enerzijds de Raad voor Vergunningsbetwistingen (artikel 12 van het ontwerp) en anderzijds het Milieuhandhavingscollege (artikelen 20, § 2, en 29 van het ontwerp). Voor het aannemen van deze bevoegdheidsuitbreidingen dient een beroep te worden gedaan op de impliciete bevoegdheden bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Deze bepalingen worden dan ook in de memorie van toelichting het best verantwoord in het licht van de toepasselijkheid van voornoemd artikel 10 van de bijzondere wet.

In tegenstelling tot wat de uitbreiding van de bevoegdheid van de Raad voor Vergunningbetwistingen betreft⁴, ontbreekt in de toelichting bij het ontwerp elke verantwoording in het licht van artikel 10 van de bijzondere wet, wat de uitbreiding van de bevoegdheid van het Milieuhandhavingscollege betreft om de beroepen te behandelen tegen de bestuurlijke geldboetes en de voordeelontnemingen. In de mate er wel degelijk een nieuwe bevoegdheid wordt gegeven aan het Milieuhandhavingscollege, doen de stellers van het ontwerp er goed aan om de memorie van toelichting aan te vullen met een verantwoording die ervan doet blijken dat met betrekking tot deze aangelegenheid toepassing kan worden gemaakt van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

6. Artikel 15, § 1, van het ontwerp bepaalt dat er zowel “gewestelijke toezichthouders” als “toezichthouders van politiezones” zijn.

De organisatie van de politie is een bevoegdheid van de federale overheid. Er kan evenwel worden aangenomen dat het Vlaamse Gewest aan de politie, op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, een taak kan toevertrouwen om toezicht te houden op de naleving van bepaalde gewestnormen. Het ontwerp bevat evenwel geen enkele verantwoording waaruit blijkt dat voldaan is aan de voorwaarden om een beroep te doen op de impliciete bevoegdheden. Het verdient aanbeveling dat de stellers van het ontwerp een dergelijke verantwoording in de memorie van toelichting zouden opnemen.

⁴ Memorie van toelichting bij het om advies voorgelegde ontwerp, 19-22.

7. De artikelen 23, § 3, en 57 van het ontwerp bepalen de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg, respectievelijk van koophandel.

Het bepalen van de bevoegdheid van de rechtscolleges behoort in beginsel tot de (residuaire) bevoegdheid van de federale wetgever, en de gemeenschappen en de gewesten kunnen dit terrein slechts betreden mits zij een beroep kunnen doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980⁵, zodat ook in dit geval het aanbeveling verdient de verantwoording desbetreffend op te nemen in de memorie van toelichting.

VORMVEREISTEN

8. Uit het bij de adviesaanvraag gevoegde advies van de Inspectie van Financiën van 25 juni 2013 en 21 januari 2014, het akkoord van de Minister van Begroting van 29 januari 2014, het advies van de Strategische Adviesraad voor Ruimtelijke Ordening (SARO) van 25 juni 2014, (en de mededeling van de Sociaal-Economische Raad voor Vlaanderen (SERV) om geen advies te verlenen), kan worden opgemaakt dat deze adviezen en dit akkoord betrekking hebben op een wezenlijk andere versie van het ontwerp. De eerste versie van het ontwerp ging uit van de invoering van een regeling in het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende het grond- en pandenbeleid’, met inbegrip van een uitgewerkte procedure voor de aanvraag van een “handelsvestigingsmachtiging”, terwijl in het thans voorliggende ontwerp de vergunning van kleinhandelsactiviteiten wordt gekoppeld aan de omgevingsvergunning zoals geregeld in het decreet van 25 april 2014.

Aangezien het budgettaire kader in ieder geval na verloop van tijd achterhaald is, rijst de vraag of niet om een nieuw advies van de Inspectie van Financiën en om een nieuw begrotingsakkoord dient te worden verzocht. Indien het ontwerp als gevolg hiervan nog wijzigingen zou ondergaan, zou dit dan, wat die wijzigingen betreft, opnieuw om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, moeten worden voorgelegd.

Hetzelfde geldt voor het juridisch kader dat in dit geval wezenlijk is gewijzigd, terwijl deze wijzigingen slechts gedeeltelijk zijn terug te voeren tot de opmerkingen die de SARO uitbracht in zijn advies van 25 juni 2014. Opdat strategische adviesraden, mede ten behoeve van de bespreking van het betrokken ontwerp van decreet in het Vlaams Parlement, een deskundig advies kunnen geven over de aan hen voorgelegde teksten, moeten beleidskeuzen die nog een beduidende invloed kunnen hebben op de inhoud en de draagwijdte van deze teksten, voordien worden uitgeklaard en niet nadat de adviesraden reeds hun advies hebben gegeven over een tekstversie die achteraf beschouwd achterhaald blijkt te zijn.

Het verdient derhalve aanbeveling om de betrokken adviesraden opnieuw te raadplegen, zodat zij desgevallend aanvullende opmerkingen kunnen formuleren. De eventuele

⁵ Zie o.m. Adv.RvS 43.835/1 van 20 december 2007 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 10 juli 2008 ‘houdende een kader voor het Vlaamse gelijkekansen- en gelijkebehandelingsbeleid’, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-08, nr. 1578/1, 71; Adv.RvS 48.842/3 van 9 november 2010 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 25 maart 2011 ‘tot wijziging van het decreet van 30 maart 1999 houdende de organisatie van de zorgverzekering’, nr. 3, *Parl.St.* VI.Parl. 2010-11, nr. 880/1, 27-31; Adv.RvS 58.102/1 van 2 oktober 2015 over een voorontwerp van decreet ‘houdende het Vlaamse doelgroepenbeleid’, nr. 3.5, *Parl.St.* VI.Parl. 2015-16, nr. 607/1, 51.

wijzigingen aan het ontwerp als gevolg hiervan, dienen dan eveneens opnieuw om advies aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, te worden voorgelegd.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKINGEN

A. Overeenstemming met het Europees recht

9. In zoverre het ontwerp een vergunning voor kleinhandelsactiviteiten voorschrijft en eisen oplegt ten aanzien van dienstverrichters, moeten de desbetreffende bepalingen worden getoetst aan richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’, hierna verkort “de dienstenrichtlijn” genoemd.

9.1. Onder “vergunningstelsel” wordt luidens artikel 4, lid 6, van de dienstenrichtlijn verstaan: “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 9, lid 1, van de dienstenrichtlijn luidt als volgt:

“De lidstaten stellen de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit niet afhankelijk van een vergunningstelsel, tenzij aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- a) het vergunningstelsel heeft geen discriminerende werking jegens de betrokken dienstverrichter;
- b) de behoefte aan een vergunningstelsel is gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;
- c) het nagestreefde doel kan niet door een minder beperkende maatregel worden bereikt, met name omdat de controle achteraf te laat zou komen om werkelijk doeltreffend te zijn.”

9.2. Daarnaast is het verboden om bepaalde “eisen” op te leggen, waaronder, luidens artikel 4, lid 7, van de dienstenrichtlijn wordt verstaan: “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; [...]”.

Overeenkomstig artikel 14, lid 5, van de dienstenrichtlijn geldt dit onder meer voor:

“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”.

Onder “dwingende redenen van algemeen belang” worden, luidens artikel 4, lid 8, van de dienstenrichtlijn, verstaan: “redenen die als zodanig zijn erkend in de rechtspraak van het Hof van Justitie; waaronder de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid, staatsveiligheid, volksgezondheid, handhaving van het financiële evenwicht van het sociaalezekerheidsstelsel, bescherming van consumenten, afnemers van diensten en werknemers, eerlijkheid van handelstransacties, fraudebestrijding, bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, diergezondheid, intellectuele eigendom, behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en doelstellingen van het sociaal beleid en het cultuurbeleid”.

9.3. Naast de voornoemde zogenaamde “verboden eisen” (artikel 14) voorziet de dienstenrichtlijn ook “aan evaluatie onderworpen eisen” die niet automatisch zijn verboden maar moeten voldoen aan de voorwaarden van niet-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid (artikel 15, lid 3).

In het licht van het om advies voorgelegde ontwerp is volgende “aan evaluatie onderworpen eis” het meest relevant: “kwantitatieve of territoriale beperkingen, met name in de vorm van beperkingen op basis van de bevolkingsomvang of een geografische minimumafstand tussen de dienstverrichters” (art. 15, lid 2, a) van de dienstenrichtlijn). In het “Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn” stelde de Europese Commissie over deze beperkingen⁶:

“Kwantitatieve beperkingen zijn bijvoorbeeld beperkingen die lidstaten opleggen aan het aantal marktdeelnemers dat zich op hun grondgebied of binnen een bepaald gebied mag vestigen. Andere voorbeelden van kwantitatieve beperkingen zijn eisen die inhouden dat het aantal toegelaten marktdeelnemers wordt bepaald aan de hand van het inwoneraantal, bijvoorbeeld wanneer op een bepaald aantal inwoners (bijvoorbeeld 2000) niet meer dan één krantenkiosk of rijschool mag worden geopend. Onder territoriale beperkingen vallen eisen die het aantal dienstverrichters beperken op basis van een geografische minimumafstand tussen dienstverrichters, bijvoorbeeld ten minste 5 km tussen twee benzinestations. Onder artikel 15, lid 2, a), vallen niet de beperkingen die worden gesteld aan opname, afgifte of uitstoot, bijvoorbeeld de uitstoot van CO₂ of gassen.

Kwantitatieve en territoriale beperkingen beperken het totale aantal dienstverrichters en belemmeren daarmee nieuwe marktdeelnemers bij hun toegang tot de markt, waardoor de vrijheid van vestiging ernstig wordt ingeperkt of zelfs belemmerd. Bij hun onderzoek van dit type eisen moeten lidstaten bedenken dat zij vaak kunnen worden afgeschaft of vervangen door minder beperkende maatregelen. In dit verband moet ook worden opgemerkt dat economische doelen, waaronder het waarborgen van de economische basis van specifieke categorieën van dienstverrichters, geen dwingende redenen van algemeen belang zijn en daarom niet kunnen worden aangevoerd als mogelijke rechtvaardiging voor kwantitatieve of territoriale beperkingen.”

⁶ X, *Handboek voor de implementatie van de dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële Publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 34, online consulteerbaar via http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_nl.pdf.

10. Bij de stelling in de memorie van toelichting bij het ontwerp,⁷ dat het ontworpen vergunningstelsel (artikelen 11 tot 13 van het ontwerp) en de ontworpen afwegingscriteria voor vergunningen (artikelen 4 en 10 van het ontwerp) verenigbaar zouden zijn met voornoemde bepalingen uit de dienstenrichtlijn, dient een voorbehoud te worden gemaakt. De betreffende bepalingen van de dienstenrichtlijn laten immers nog veel ruimte voor interpretatie, terwijl de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie hieromtrent op heden nog beperkt is. Bij wijze van voorbeeld kan gewezen worden op de vraag of de in artikel 14, lid 5, van de dienstenrichtlijn bepaalde verboden “economische criteria” zich verzetten tegen de mogelijkheid vervat in artikel 10 van het ontwerp om kernwinkelgebieden en winkelarme gebieden af te bakenen en normen op te leggen betreffende de oppervlakte van de categorieën van kleinhandelsactiviteiten, met het oog op de verwezenlijking van de doelstellingen vermeld in artikel 4 van het ontwerp. Voorts rijst de vraag of de “planningsbepalingen” die op grond van artikel 10 van het ontwerp worden vastgesteld, beschouwd moeten worden als “kwantitatieve of territoriale beperkingen” in de zin van artikel 15, lid 2, a), van de dienstenrichtlijn, en of deze alsdan te verantwoorden zijn in het licht van artikel 15, lid 3, van de dienstenrichtlijn. Het verdient in ieder geval aanbeveling deze verantwoording op te nemen in de memorie van toelichting.

De stellers van het ontwerp worden bijgevolg uitgenodigd de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie ter zake nauwgezet op te volgen. In het bijzonder kan daarbij worden gedacht aan de prejudiciële vragen die de Nederlandse Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, bij arrest van 13 januari 2016 aan het Hof van Justitie stelde.⁸

11. In ieder geval bepaalt artikel 15, lid 7, van de dienstenrichtlijn dat de “aan evaluatie onderworpen eisen” moeten ter kennis worden gebracht van de Europese Commissie. Over deze verplichting merkte de Raad van State, afdeling Wetgeving, in het verleden reeds op dat de kennisgeving aan de Europese Commissie raadzaam is zodra een ontwerp mogelijksterwijs aan evaluatie onderworpen eisen bevat.⁹

In zoverre het ontwerp in instrumenten voorziet waarmee andere overheden dergelijke eisen kunnen vaststellen (artikel 10 van het ontwerp¹⁰), zijn deze overheden er eveneens toe gehouden om deze eisen in het licht van artikel 15, lid 3, van de dienstenrichtlijn te verantwoorden en deze ter kennis te brengen van de Europese Commissie. Met het oog op de rechtszekerheid verdient het aanbeveling om in het ontwerp een bepaling hieromtrent op te nemen die zich richt tot de betrokken overheden.

⁷ Memorie van toelichting bij het om advies voorgelegde ontwerp, p. 5-8 en 16-17. Er wordt uitvoerig ingegaan op arrest nr. C-400/08 van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 24 maart 2011 over de Catalaanse handelsvestigingenreglementering, terwijl de relevantie van dat arrest beperkt is, gelet op het feit dat enkel rechtstreeks aan het primaire unierecht wordt getoetst, en het slechts één welbepaalde nationale regelgeving betreft.

⁸ Arr.RvS (Nederland), 13 januari 2016, 201309296/4/R4.

⁹ Adv.RvS 45.542/1 van 2 december 2008 over een ontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 22 april 2010 ‘houdende het statuut van de reisagentschappen’, *Parl.St.* Br.Parl. 2009-10, nr. A72/1, 27.

¹⁰ De gemachtigde verklaarde dat het “zou kunnen dat [...] een bestuur zich baseert op de doelstellingen zoals omschreven in artikel 4 van het ontwerp om aan evaluatie onderworpen eisen te stellen”.

ARTIKELSGEWIJZE OPMERKINGENArtikel 11

12. Artikel 11, eerste lid, 1°, van het ontwerp is niet afgestemd op de mogelijkheid voor de gemeenten om, overeenkomstig artikel 10, § 1, eerste lid, 4°, van het ontwerp, de termijnen vast te stellen waarbinnen tijdelijke kleinhandelsbedrijven vrijgesteld zijn van de omgevingsvergunningsplicht. Wanneer een gemeente in een gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan of stedenbouwkundige verordening een termijn heeft bepaald die korter is dan deze bepaald in artikel 11, eerste lid, 1°, zal deze laatste immers nog steeds primeren, aangezien dit een hogere rechtsnorm betreft.

Artikel 11, eerste lid, 1°, van het ontwerp dient in het licht hiervan te worden aangepast.

13. Daarnaast is het raadzaam dat de stellers van het ontwerp in de memorie van toelichting meer duidelijkheid verschaffen over de draagwijdte van artikel 11, eerste lid, 1°, van het ontwerp. Gedurende een periode tot negentig dagen geldt de omgevingsvergunningsplicht voor kleinhandelsactiviteiten immers niet “in alle andere gevallen” dan het geval waarin “de handelsactiviteiten verenigbaar zijn met de geldende stedenbouwkundige voorschriften”.

De vraag rijst of met “stedenbouwkundige voorschriften” ook het voorwerp en de voorwaarden van een stedenbouwkundige- of omgevingsvergunning worden bedoeld, dan wel louter bepalingen uit ruimtelijke plannen en stedenbouwkundige verordeningen. Voorts dient te worden verduidelijkt of deze vrijstelling enkel betrekking heeft op de verplichting tot het verkrijgen van een voorafgaande omgevingsvergunning voor kleinhandelsactiviteiten, dan wel tot het verkrijgen van eender welke omgevingsvergunning (voor stedenbouwkundige handelingen of voor de exploitatie van ingedeelde inrichtingen of activiteiten).

Artikel 13

14. Zoals door de gemachtigde werd bevestigd, dient onder de “beleidsmatig gewenste ontwikkelingen met betrekking tot de doelstellingen van het integraal handelsvestigingsbeleid” (artikel 13, derde lid, van het ontwerp), te worden verstaan de “visie” die door de bevoegde overheden wordt vastgesteld overeenkomstig hoofdstuk 2 van het ontwerp.

In zoverre deze visie een beoordelingsgrond vormt bij het al dan niet verlenen van de vergunning voor kleinhandelsactiviteiten, is deze bepaling problematisch. Een rechtstreekse toetsing aan een visiedocument gaat immers in tegen het gebruikelijke trapsysteem waarbij een visiedocument leidt tot een plan (bijvoorbeeld een ruimtelijk uitvoeringsplan), en dat plan vervolgens een beoordelingsgrond is bij het verlenen van een vergunning. Een visiedocument is daarentegen te vaag om een rechtszekere beoordelingsgrond te bieden. Voorts is in het ontwerp geen sluitende regeling inzake de bekendmaking van deze visies voorzien (artikel 6, eerste lid van het ontwerp schrijft enkel voor dat de provincies en gemeenten hun lokale visie “bekendmaken”).

De vraag rijst derhalve of voldaan is aan de criteria waaraan vergunningsvoorwaarden moeten voldoen overeenkomstig artikel 10, lid 2, van de dienstenrichtlijn (duidelijk en ondubbelzinnig, vooraf openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk).

Bovendien kan de ontworpen bepaling aanleiding geven tot paradoxale situaties aangezien de gemeentelijke ruimtelijke structuurplannen, overeenkomstig artikel 2.1.2, § 7, Vlaamse Codex, geen beoordelingsgrond kunnen vormen voor vergunningsaanvragen, en de lokale visie kan (maar niet moet) worden geïntegreerd in de ruimtelijke structuurplannen (artikel 7 van het ontwerp), zodat de lokale visie wél een beoordelingsgrond vormt voor de vergunning voor kleinhandelsactiviteiten zolang deze maar niet is geïntegreerd in een ruimtelijke structuurplan¹¹.

Gelet op de zo-even vermelde bezwaren, verdient het aanbeveling de ontworpen bepaling aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.

Afdeling 3. Bestuurlijke handhaving

15. Aangezien de bestuurlijke geldboete waarvan sprake in het ontwerp niet de vorm kan aannemen van een zogenaamde “alternatieve” bestuurlijke geldboete¹², kan het woord “exclusieve” in alle ontworpen bepalingen van deze afdeling worden geschrapt.

Artikel 18

16. Artikel 18, eerste lid, tweede zin, van het ontwerp bepaalt dat “als overtreder wordt beschouwd degene die de inbreuk heeft gepleegd of ertoe de opdracht heeft gegeven”. In de memorie van toelichting bij het ontwerp wordt hieromtrent gesteld:

“Zowel de overtreder als de opdrachtgever kunnen beboet worden. Hierbij wordt voornamelijk gedacht aan diegene die door middel van de uitbating, de vergunningsplicht miskent, met name de exploitant. De eigenaar van het gebouw draagt hierin geen verantwoordelijkheid.”

Inzake de mogelijkheid dat bestuurlijke geldboeten kunnen worden opgelegd aan de “opdrachtgever”, werd in advies 53.427/3 opgemerkt¹³:

“De ontworpen wijzigingen strekken er onder meer toe dat bestuurlijke maatregelen voortaan kunnen worden opgelegd aan de opdrachtgever van degene die een milieuvoorschrift heeft geschonden¹⁴ en dat bestuurlijke geldboeten kunnen worden

¹¹ Deze interpretatie wordt bevestigd in de memorie van toelichting bij het ontwerp, p. 33.

¹² In tegenstelling tot de bestuurlijke geldboete die wordt opgelegd aan degene die een milieu-inbreuk of een milieumisdrijf heeft gepleegd (zie artikel 16.4.27 van het decreet van 5 april 1995).

¹³ Adv.RvS 53.427/3 van 1 juli 2013 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 22 november 2013 ‘tot wijziging van titel XVI van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid’, nr. 5, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2197/1, 73-74.

¹⁴ Voetnoot 8 in de geciteerde tekst: Ontworpen artikel 16.4.5, tweede lid, van het decreet van 5 april 1995 (artikel 14, 2°, van het ontwerp).

opgelegd aan de opdrachtgever van degene die een milieu-inbreuk of milieumisdrijf heeft gepleegd.¹⁵

Er dient echter te worden vastgesteld dat in het ontwerp geen omschrijving wordt gegeven van het begrip ‘opdrachtgever’.

Mede in acht genomen dat bestuurlijke geldboeten als administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter dienen te worden beschouwd, dient te worden opgemerkt dat onder meer het in de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet en in artikel 7 van het EVRM vervatte legaliteitsbeginsel in strafzaken, dat ook geldt ten aanzien van administratieve sancties met een strafrechtelijk karakter, vereist dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik dat hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is.

Het beginsel vereist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten. Aan het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven is slechts voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscolleges, kan weten welke handelingen of verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen, wat dient te worden beoordeeld aan de hand van de elementen eigen aan de bestrafte misdrijven. Bovendien mag erover geen onduidelijkheid bestaan in hoofde van wie een bepaald gedrag strafbaar is.

Wat dat laatste betreft blijkt niet duidelijk uit de ontworpen bepalingen wie als opdrachtgever dient te worden beschouwd. Dient bijvoorbeeld degene die opdracht geeft om bepaalde werken uit te voeren naar aanleiding waarvan, zonder dat dit in de opdracht is vervat, een milieuvoorschrift wordt geschonden of een milieu-inbreuk of milieumisdrijf wordt gepleegd, als opdrachtgever te worden beschouwd? Of wordt veeleer beoogd als opdrachtgever te beschouwen, degene die opdracht geeft om met opzet een milieuvoorschrift te schenden of om een milieu-inbreuk of milieumisdrijf te plegen?

Uit het voorgaande volgt dat in de ontworpen bepalingen duidelijk tot uiting dient te worden gebracht wie als opdrachtgever wordt beschouwd.”

Vastgesteld moet worden dat ook in het ontwerp niet duidelijk wordt bepaald welke personen in welke omstandigheden als “opdrachtgever” kunnen worden beschouwd. De stellers van het ontwerp worden uitgenodigd dit in de tekst zelf te verduidelijken.

Artikel 27

17. De tekst van artikel 27 van het ontwerp dient in overeenstemming te worden gebracht met de memorie van toelichting. Waar de toelichting in de toepassing van de bepaling voorziet wanneer de betrokken partijen “in het ongewisse zijn gelaten omtrent de bestaande inbreuken op het voorliggende decreet” bevat het ontwerp van decreet geen dergelijke beperking. Indien het de

¹⁵ Voetnoot 9 in de geciteerde tekst: Ontworpen artikel 16.4.25, eerste lid, tweede zin, van het decreet van 5 april 1995 (artikel 31 van het ontwerp).

wens van de steller van het ontwerp is om de nietigverklaring van de titel in geval van een (mogelijke) bestuurlijke maatregel te beperken tot de gevallen waarin de betrokken partij hier niet over was geïnformeerd, dient zulks uitdrukkelijk uit de tekst van de bepaling te blijken.

Daarnaast rijst de vraag of de bepaling enkel betrekking heeft op huur en koop-verkoop, dan wel ook op andere vormen van eigendomsoverdracht. In de bepaling is immers eerst sprake van “de titel van eigendomsverkrijging of van huur” en vervolgens van “een vordering van de kopers of van de huurders of verhuurders”. Deze bewoordingen laten twijfel bestaan over de toepasselijkheid ten aanzien van andere houders van een zakelijk recht (zoals erfpacht, opstal, schenking).

Artikel 29

18. In het ontworpen artikel 16.4.19, § 2, tweede lid, van het decreet van 5 april 1995, dienen de woorden “exclusieve” en “18 en” te worden geschrapt.

Artikel 49

19. Men voege de woorden “van de omgevingsvergunning” in tussen de woorden “handhaving” en “wordt”.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME