

Ambulante handel: de vrijheden van verkeer, de Dienstenrichtlijn en de gemeentelijke markt

door

Ann Lawrence Durviaux
Hoogleraar aan de Universiteit te Luik
Advocaat

en

Thierry Delvaux
Assistent aan de Universiteit te Luik
Advocaat

Samenvatting: Onder welke voorwaarden mag een gemeente de ambulante handel op haar grondgebied reguleren? Het antwoord op deze vraag ligt in verschillende rechtsbronnen. Deze bijdrage tracht een volledig overzicht ervan voor te stellen. Eerst wordt het intern Belgisch recht onderzocht, in het bijzonder eerder “klassieke” aspecten van het administratief recht (o.a. het verzoenen van de algemene administratieve politie van de gemeente met de vrijheid van handel van de marktkramers en foorreizigers) en de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten (die een bijzonder administratieve politiebevoegdheid aan de gemeente toekent). Het antwoord op de gestelde vraag hangt echter ook van het Europees recht af. De bepalingen van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie over het vrij verkeer kunnen immers van toepassing zijn op het reguleren van de ambulante handel, alsook de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (“Dienstenrichtlijn”).

Inhoudsopgave

I. Inleiding	2
II. Intern Belgisch recht	4
II.A. Privaat gebruik van het openbaar domein van de gemeente	4
II.B. Bescherming van de gemeentelijke openbare orde	6
a) <i>Rechtsgrond: algemene administratieve politie</i>	6
b) <i>Grenzen: de vrijheid van handel en nijverheid</i>	7
c) <i>Grenzen (vervolg): wettelijkheids- en evenredigheidsbeginsel</i>	8
d) <i>Grenzen (vervolg en einde): de finaliteit van de administratieve politie</i>	10
II.C. Bijzondere administratieve politie: de wet van 25 juni 1993	11
a) <i>Ratio legis van de wet van 25 juni 1993 (versie van 2005)</i>	12
b) <i>Toepassingsgebied</i>	12
c) <i>Verboden verkopen</i>	13
d) <i>Voorafgaand vergunningstelsel</i>	14
e) <i>Machtiging van het ondernemingsloket</i>	14
f) <i>Machtiging van de gemeente</i>	15
g) <i>Activiteiten die (geheel of gedeeltelijk) van de gemeentelijke machtiging zijn vrijgesteld</i>	17
h) <i>Gemeentelijke verbodsbepalingen en rechtvaardigingen</i>	18
II.D. Uitoefeningsmodaliteiten van de (algemene of bijzondere) administratieve politiebevoegdheid	20
a) <i>Bevoegde gemeentelijke organen</i>	20
b) <i>Formele motiveringsplicht</i>	22
c) <i>Materiële motiveringsplicht</i>	23
d) <i>Verplichting tot oproep tot mededinging</i>	23

II.E. Besluit over het intern Belgisch recht.....	24
III. Primair Europees recht: vrij verkeer van goederen en diensten.....	25
III.A. Kwalificering van de ambulante handelsactiviteiten in het Europees materieel recht.....	25
III.B. Verbod van belemmeringen van vrij verkeer.....	27
a) <i>Rechtsgronden en principe</i>	27
b) <i>Uitzondering: verkoopmodaliteiten (Keck-rechtspraak)</i>	28
c) <i>Toepassing in casu (diensten): belemmeringkwalificatie</i>	30
d) <i>Toepassing in casu (goederen): kwalificatie als verkoopmodaliteit</i>	31
III.C. Rechtvaardiging van de verboden belemmeringen	31
a) <i>Naleving van het afgeleid recht</i>	31
b) <i>Naleving van het non-discriminatiebeginsel (belemmeringen)</i>	32
c) <i>Naleving van het non-discriminatiebeginsel (verkoopmodaliteiten)</i>	33
d) <i>Doelstellingen van algemeen belang – Uitdrukkelijk voorzien door het VwEU</i>	35
e) <i>Doelstellingen van algemeen belang – Pretoriaanse gronden – Dwingende redenen van algemeen belang</i>	36
f) <i>Naleving van het evenredigheidsbeginsel</i>	38
III.D. Besluit over het primair Europees recht.....	40
IV. Afgeleid Europees recht: richtlijn 2006/123/EG.....	40
IV.A. Toepassingsgebied en materiële regels	40
a) <i>Begrip diensten</i>	40
b) <i>Vergunningstelsel (art. 9 van de richtlijn)</i>	42
c) <i>Eisen (art. 16 van de richtlijn)</i>	43
d) <i>Uitsluiting</i>	45
IV.B. Toepassing op het onderhavige geval.....	45
a) <i>Diensten wel, goederen niet</i>	45
b) <i>Vergunningstelsel</i>	46
c) <i>Eisen</i>	46
IV.C. De wet van 25 juni 1993 en richtlijn 2006/123/EG.....	47
IV.D. Besluit over richtlijn 2006/123/EG	49
V. Algemeen besluit.....	50

I. INLEIDING

1. Deze bijdrage gaat over de bevoegdheid van een gemeente om de ambulante handel op haar grondgebied te regelen. “*Ambulante handel*” wordt hier ruim opgevat, zowel met betrekking tot de bedoelde economische activiteit (verkoop van goederen – levensmiddelen en non-foodproducten – en verkoop van diensten) als met betrekking tot de uitoefeningsmodaliteiten ervan (verkoop ten huize van de consument, rondreizende verkoop, verkoop vanop een tijdelijk vaste standplaats binnen of buiten een wekelijkse markt of een kermis). Deze bijdrage heeft met andere woorden zowel betrekking op de wekelijkse gemeentelijke markt als op de (jaarlijkse) kermis; deze twee manifestaties die door de gemeente worden georganiseerd zullen hier de “*gemeentelijke markt*”¹ worden genoemd.

¹ De toepasselijke Belgische wet heeft het in dat verband over “*openbare markt*” (art. 1, 4°, lid 2 van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten) in tegenstelling tot de “*private markt*”, zijnde de “*markt ingericht door een privé-initiatief*” (art. 1, 4°, lid 3 van de wet van 25 juni 1993). Teneinde

2. Sommige gemeenten vertrouwen de organisatie van hun gemeentelijke markt toe aan een privéonderneming. Het juridische verband tussen deze gemeenten en de privéonderneming zal hier echter niet worden onderzocht.

De organisatie van een gemeentelijke markt door een privéonderneming is een *dienst* in de zin van artikel 56 VwEU (voormalig art. 49 VEG)², zoals bevestigd door de rechtspraak van het Hof van Justitie³ en het afgeleid Europees recht.⁴ De verlener van deze dienst is de betrokken onderneming. De bestemmingen van deze verleende dienst zijn voornamelijk de marktkramers (die genieten van een voor hun activiteit gunstig kader) maar ook de gemeente (die geniet van een rationeel beheer van de openbare ruimte, de veiligheid voor weggebruikers en voetgangers, financiële inkomsten en het verbeteren van haar imago, enz.). De beslissing om de organisatie van de gemeentelijke markt aan een privéonderneming toe te vertrouwen dient via een *procedure met oproep tot mededinging* te worden genomen – hetzij in het kader van de regelgeving inzake overheidsopdrachten voor diensten, hetzij in het kader van de algemene verplichting tot oproep tot mededinging (als het om een concessieovereenkomst voor diensten⁵ of een domeinconcessie⁶ gaat).

3. Na te hebben onderzocht welke maatregelen door een gemeente ten opzichte van de ambulante handel in het intern Belgisch recht kunnen worden genomen (*afdeling II*), zullen we deze toetsen aan de Europeesrechtelijke verplichtingen: eerst aan deze die uit het primair recht voortvloeien, d.w.z. het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zoals uitgelegd door het Hof van Justitie (*afdeling III*), en dan aan deze die voortvloeien uit richtlijn 2006/123/EG van het

mogelijke verarring met het overheidsopdrachtenrecht (in de zin van de wetten van 24 december 1993 en 15 juni 2006) te vermijden, maar ook omdat onze overwegingen de “jaarmarkt” (art. 1, 5° van de voormelde wet van 25 juni 1993) omvatten, geven we de voorkeur aan de uitdrukking “gemeentelijke markt”.

² Sinds 1 december 2009 (inwerkingtreding van het verdrag van Lissabon) heeft het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VwEU”) het verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (“VEG”) vervangen.

³ HvJ 15 januari 2002, *Commissie t. Italië*, C-439/99, *Jur.* 2002, p. I-00305 (Italiaanse regelingen inzake jaarbeurzen, tentoonstellingen, salons en markten strijdig geacht met de vrijheid van vestiging en de vrije verrichting van diensten). Cf. ook: HvJ 21 oktober 1999, *Jägerskiöld*, C-97/98, *Jur.* 1999, p. I-07319 (De activiteit die erin bestaat dat een ruimte tegen betaling ter beschikking van derden wordt gesteld voor het uitoefenen van een activiteit door deze derden – in casu een visvijver om te vissen –, is een dienstverrichting in de zin van art. 56 VwEU (oud art. 49 VEG)) en HvJ 10 mei 2001, *Agorà e.a.*, gev. zaken C-223/99 en C-260/99, *Jur.* 2001, p. I-03605, punt 39 (“dat de organisatie van jaarbeurzen, tentoonstellingen en soortgelijke projecten een economische activiteit is, die bestaat uit het aanbieden van diensten op de markt”). Cf. ook: C.E. (fr.), 23 mei 2011, *Commune de Six Fours les Plages*, req. nr. 342520, *AJDA* 2011, 1059 (Wanneer een gemeente de organisatie van een festival aan een privéonderneming toevertrouwt, dient ze de regelgeving inzake overheidsopdrachten na te leven).

⁴ Overweging nr. 33 van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (*Pb.L.* 27 december 2006, afl. 376, 36) vermeldt de “organisatie van beurzen” onder de diensten die onder de richtlijn vallen. O.i. is dit ook het geval voor de organisatie van de gemeentelijke markt.

⁵ I.v.m. de concessieovereenkomst voor diensten, cf. met name HvJ 18 juli 2007, C-382/05, *Commissie t. Italië*, punt 29; HvJ 13 oktober 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, punt 42; HvJ 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*, punt 9; HvJ 7 december 2000, C-324/98, *Telaustria*.

⁶ De transparantieplicht afgeleid uit het beginsel van gelijke behandeling en het non-discriminatiebeginsel, die volgens het Hof van Justitie (cf. arresten in de voorgaande voetnoot) van toepassing is op de concessieovereenkomsten voor diensten, kan immers op iedere openbare overeenkomst toegepast worden. Cf. in die zin: A.L. DURVIAUX, “Chronique 2010 de droit européen des marchés et autres contrats publics”, *Rev. trim. droit européen*, 2011, 427-429; Ph. FLAMME, M.A. FLAMME en C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L’irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2e druk, Brussel, Larcier, 2009, nr. 65, p. 87-88 en voetnoot 167; P. NIHOUL, “Le principe d’égalité dans les marchés et les contrats publics”, in *Liber amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, 528-529. Over het onderscheid tussen “concessieovereenkomst” en “domeinconcessie” cf. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2007, nr. 634, p. 340 en de verwijzingen aldaar; D. LAGASSE, “Les utilisations collectives et privatives du domaine public”, in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Brussel, Larcier, 2008, nr. 188, p. 230-231.

Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt – ook bekend als “Dienstenrichtlijn” of “Bolkesteinrichtlijn” – (“richtlijn 2006/123/EG”)⁷ voortvloeien (afdeling IV). Uiteindelijk zullen we een algemeen besluit voorstellen (afdeling V).

II. INTERN BELGISCH RECHT

4. Een gemeente kan ambulante handel willen reguleren om twee redenen: ten eerste vindt deze economische activiteit doorgaans plaats op (of in de onmiddellijke omgeving van) het openbaar domein van de gemeente (II.A); ten tweede kan de ambulante handel de openbare orde in het gedrang brengen (II.B). De Grondwet, de rechtsleer en de Nieuwe Gemeentewet schrijven een aantal principes voor die de tussenkomst van de gemeentelijke overheden omkaderen; het gaat voornamelijk om het verzoenen van de algemene administratieve politiek van de gemeente met de vrijheid van handel en nijverheid. Een wet betreffende de ambulante handel verfijnt dit algemeen kader: de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten⁸ (de “wet van 25 juni 1993”) kent een bijzonder administratieve politieke bevoegdheid aan de gemeente toe (II.C).

II.A. Privaat gebruik van het openbaar domein van de gemeente

5. Het gemeenschappelijk gebruik van het openbaar domein is een concretisering van het recht van komen en gaan (art. 12 van de Grondwet) en van het recht op gelijkheid (art. 10 en 11 van de Grondwet) van iedere burger.⁹ Wanneer iemand zich echter het privaat genot van het openbaar domein toe-eigent, bijvoorbeeld door er een marktkraam op te plaatsen, begaat deze persoon in principe een inbreuk op de grondwettelijke rechten van anderen: *“aangezien de juridische exclusiviteit die met deze ingebruikneming gepaard gaat klaarblijkelijk afwijkt van de hoofdbestemming van het domein, zou het ondenkbaar zijn dat deze willekeurig plaats zou vinden; de betrokken persoon dient bijgevolg van de bevoegde overheid een machtiging te bekomen, zonder dewelke zijn ingebruikneming een schending van het recht van gemeenschappelijk gebruik van het openbaar domein zou uitmaken”*.¹⁰

Deze machtiging wordt “domaniale toelating” genoemd. Binnen deze categorie maken de rechtsleer en de rechtspraak een onderscheid tussen “stationeervergunning” en “wegvergunning”; eerstgenoemde vergunning wordt afgegeven in geval van privaat gebruik van het openbaar domein dat tijdelijk van aard is (of dat zich beperkt tot een bezetting van een oppervlakte), terwijl laatstgenoemde vergunning wordt afgegeven in geval van privaat gebruik met een blijvend karakter (of dat een beslag op de ondergrond meebrengt).¹¹ Dit onderscheid laat de identificatie van de

⁷ Pb.L. 27 december 2006, afl. 376, 36.

⁸ BS 30 september 1993.

⁹ D. LAGASSE, “Les utilisations collectives et privatives du domaine public”, in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Brussel, Larcier, 2008, nr. 144, p. 204 en nr. 149, p. 208.

¹⁰ D. LAGASSE, o.c., nr. 157, p. 213 (vrije vertaling van: “comme l'exclusivité juridique que ces occupations confèrent à leurs bénéficiaires déroge manifestement à la vocation originnaire du domaine, il serait inconcevable qu'elles puissent être réalisées librement par les intéressés; ceux-ci doivent donc obtenir de l'autorité compétente le titre sans lequel leur occupation constituerait une violation du droit d'utilisation collective du domaine public”).

¹¹ D. BATSELE, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Brussel, Bruylant, 2010, nr. 684, p. 445-446; D. LAGASSE, o.c., nr. 160, p. 215; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e druk, Mechelen, Kluwer 2009, nr. 301, p. 303. Over beide criteria cf. D. LAGASSE, o.c., nr. 161, p. 215-216 (die een cumulatieve toepassing ervan voorstelt). Te noteren valt dat een periodieke toestand in dit kader als tijdelijk moet worden beschouwd (cf. bv. RvS, nr. 196.580 van 1 oktober 2009, *Stassain t. Ville de Stavelot*). Het hierboven vermelde onderscheid moet bijgevolg niet worden verward met het onderscheid dat hieronder uitgelegd wordt (nr. 10).

bevoegde overheid toe: gaat het om een stationeervergunning (toegekend op basis van een individueel besluit), dan is de burgemeester¹² degene die de domaniale toelating moet verlenen; gaat het om een wegvergunning op gemeentewegen, dan is het college van burgemeester en schepenen de bevoegde overheid.¹³ De voor de tijdelijke installaties van de marktkramers of de foorreizigers verleende machtigingen zijn stationeervergunningen.¹⁴

Sommigen bekritisieren dit eerste onderscheid en zijn van mening dat een tweede onderscheid duidelijker is om de bevoegde overheid te identificeren.¹⁵ Het gaat om het onderscheid tussen de bevoegdheid van beheer van het gemeentelijk openbaar domein (college van burgemeester en schepenen¹⁶) en de administratieve politiebevoegdheid (burgemeester¹⁷). Andere auteurs stellen terecht vast dat dit onderscheid niet steeds gemakkelijk te maken is.¹⁸ Een onderzoek van de rechtspraak toont dit aan, aangezien de Raad van State geoordeeld heeft dat het toekennen van een standplaats op een kermis een daad van beheer uitmaakte en bijgevolg tot de bevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen behoorde¹⁹, maar dat het verlenen van een toelating om een caféterras enkele maanden per jaar op het openbaar domein te plaatsen zonder beslag op de ondergrond, een politiemaatregel uitmaakte die tot de bevoegdheid van de burgemeester behoorde.²⁰ De rechtsleer is niet noodzakelijk meer behulpzaam: een auteur stelt dat de toelating om een deel van de openbare weg privaat te gebruiken zonder beslag op de ondergrond, tot de politiebevoegdheid (burgemeester) behoort, maar dat de toelating om marktkramen op markten en kermissen te plaatsen, tot het beheer van het openbaar domein (college van burgemeester en schepenen) behoort.²¹

Het eerste en het tweede onderscheid kunnen bijgevolg tot tegenstrijdige oplossingen leiden in geval van gemeentelijke markten: het ene pleit voor het aanduiden van de burgemeester als bevoegde overheid, terwijl het andere eerder het college van burgemeester en schepenen aanwijst. Dit is een bron van juridische onzekerheid, die bij ons weten nog niet opgelost werd door de rechtspraak.

¹² D. BATSELE, T. MORTIER en M. SANCHEZ, *o.c.*, nr. 684, p. 445; D. LAGASSE, *o.c.*, nr. 162, p. 216; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, nr. 301, p. 303.

¹³ D. LAGASSE, *o.c.*, nr. 162, p. 217, die verwijst naar Cass. 17 juli 1884, *Pas.* 1884, I, p. 275; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, nr. 301, p. 303, die opmerken dat deze bevoegdheid uitgeoefend wordt met inachtneming van de voorwaarden die eventueel door de gemeenteraad vastgesteld zijn. Vergelijk met J. ASTAES, M. BAETSLE, B. BEELEN, A. COOLSAET, P. DE SMEDT, J. DUJARDIN, B. ROELANDTS en G. VAN HAEGENBORGH, *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2001, nr. 54, p. 58, die van mening zijn dat de gemeenteraad in beide gevallen (stationeervergunning en wegvergunning) de algemene voorwaarden van het verlenen van de domaniale toelating dient vast te stellen.

¹⁴ D. LAGASSE, *o.c.*, nr. 163, p. 218. Voor enkele toepassingen, cf. RvS, nr. 189.689, 21 januari 2009, *Stassain t. Ville de Stavelot*; RvS, nr. 196.580, 1 oktober 2009, *Stassain t. Ville de Stavelot*; Rb. Brussel, 2 maart 1998, *JT* 1999, p. 331.

¹⁵ J. STAERCKE, "Beheer van de goederen", in J. DUJARDIN en W. SOMERS (eds.), *College van burgemeester en schepenen – Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2011, nrs. 96-97, p. 63-65 en de verwijzingen.

¹⁶ Cf. art. 123, 9° Nieuwe Gemeentewet, art. 57, § 3, 1° Gemeentedecreet en art. L1123-23, 8° van de *Code de la démocratie locale et de la décentralisation*.

¹⁷ Cf. art. 133 Nieuwe Gemeentewet.

¹⁸ P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN en B. WEEKERS, *Burgemeester. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2005, nr. 58, p. 67.

¹⁹ RvS, nr. 40.466 van 23 september 1992, *Wynands*.

²⁰ RvS, nr. 189.689 van 21 januari 2009, *Stassain c. Ville de Stavelot*, *Rev.dr.commun.* 2010, 66 (dat tegelijkertijd verwijst naar de afwezigheid van privaat beslag op de ondergrond en naar het onderscheid tussen beheer van het openbaar domein en politiebevoegdheid).

²¹ J. DEMBOUR, *Les pouvoirs de police administrative générale des autorités locales*, Brussel, Bruylant, 1956, nr. 138, p. 177.

6. De rechtspraak²² en de rechtsleer²³ leren ons dat de domaniale toelating “in wezen precair” is, aangezien de overheid die de toelating heeft verleend deze zonder enige opzeg of vergoeding mag intrekken wanneer het algemeen belang zulks vereist. De wetgever heeft deze regel echter getemperd wat de vergunning voor de marktkramers of de foorreizigers betreft: de wet van 25 juni 1993 (nr. 12) bepaalt immers dat een gemeentelijk reglement “*de termijn van de vooropzeg die moet gegeven worden aan de houders van een standplaats wanneer de manifestatie of een deel van de standplaatsen definitief wordt opgeheven [dient te bepalen]; deze termijn mag niet korter zijn dan een jaar. In geval van absolute noodzakelijkheid en in de andere gevallen door de Koning vastgelegd, is de termijn niet van toepassing*”.²⁴

Bovendien heeft de Koning de voorwaarden²⁵ waaronder de overdracht en de onderverhuring van (abonnementen voor) standplaatsen op het openbaar domein toegelaten worden²⁶, vastgesteld. Met andere woorden, wordt een tijdelijk gebruiksrecht van een op het openbaar domein gelegen (en geregelde en op lange termijn uitgebate) standplaats in een zekere mate beschermd en bijgevolg minder precair gemaakt. Het is de bedoeling de economische substantie van de “handelszaak” van de marktkramer of de foorreiziger te verzekeren, teneinde er de overdracht ten bezwarende titel van te garanderen in geval van stopzetting van zijn activiteit.²⁷

II.B. Bescherming van de gemeentelijke openbare orde

a) Rechtsgrond: algemene administratieve politie

7. Op grond van artikel 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet²⁸ hebben de gemeenten tot taak

²² Cf. met name: Cass. 17 juli 1884, *Pas.* 1884, I, p. 275; Cass. 24 januari 1907, *Pas.* 1907, I, p. 95; Cass. 5 februari 1914, *Pas.* 1914, I, p. 91; Cass. 10 mei 1929, *Pas.* 1929, I, p. 182 (183); Cass. 27 mei 1983, *Arr.Cass.* 1982-83, p. 1185; *Pas.* 1983, I, p. 1080; RvS, nr. 10.561, 14 april 1964, *Brunin*; RvS, nr. 78.179, 19 januari 1999, *Tao*; RvS, nr. 81.700, 6 juli 1999, *Torfs*; RvS, nr. 164.249, 30 oktober 2006, *Huntjens & Huygens*.

²³ D. BATSELE, T. MORTIER en M. SCARCEZ, o.c., nr. 685, p. 446; D. LAGASSE, o.c., nr. 177-182, p. 224-227; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, o.c., nr. 301, p. 303. Voor het in perspectief stellen van het precaire karakter van de domaniale toelating, cf. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Brugge, Die Keure, 2007, nrs. 360-392, p. 193-204.

²⁴ Art. 8, § 2, lid 1, *in fine* wet van 25 juni 1993. Momenteel vermelden de uitvoeringsbesluiten geen bijkomende afwijking ten opzichte van de door de wet vastgestelde minimale opzeggingstermijn.

²⁵ In uitvoering van art. 10 wet van 25 juni 1993.

²⁶ Art. 35 e.v. KB van 24 september 2006 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante activiteiten; art. 18 KB van 24 september 2006 betreffende de uitoefening en de organisatie van kermisactiviteiten en ambulante activiteiten in kermisgastronomie (nr. 12).

²⁷ Verslag aan de Koning van de KB betreffende de ambulante activiteiten, BS 29 september 2006, ed. 2, 50506 e.v. (“*Het beperkend karakter van dit regime wordt gerechtvaardigd door het onontvreemdbaar en onverjaarbaar karakter van het openbaar domein waarop de standplaatsen zich situeren. Het heeft tot doel te vermijden dat ermee een handel gedreven wordt. Het is daarom ook niet overbodig te herinneren aan het feit dat het niet de standplaatsen zijn die worden toegewezen of overgedragen maar enkel hun tijdelijk gebruiksrecht*”); verslag aan de Koning van de KB betreffende de kermisactiviteiten, BS 29 september 2006, ed. 2, 50537 e.v. (M.b.t. de foorreiziger: “*Het einde van zijn activiteit is evenmin benijdenswaardig. Hij heeft niet de zekerheid dat hij zijn vestiging met zijn standplaatsen kan overdragen en riskeert daardoor de investeringen en inspanningen van een heel leven te zien devalueren of teloor te zien gaan*”).

²⁸ Deze bepaling is nog steeds van toepassing, terwijl art. 135, § 1, wat het Vlaams Gewest betreft, door art. 302, 123° van het Gemeentedecreet van 15 juli 2005 is afgeschaft en wat het Waals Gewest betreft vervangen is door art. L1113-1 van de *Code de la démocratie locale et de la décentralisation*. Op grond van art. 6, §1, VIII, 1°, 4° streepje van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus 1980 zijn de Gewesten bevoegd voor “*de samenstelling, organisatie, bevoegdheid en werking van de provinciale en gemeentelijke instellingen, met uitzondering van: (...) de organisatie van en het beleid inzake de politie, met inbegrip van artikel 135, § 2, van de Nieuwe Gemeentewet*”. Voor een historische uitleg van art. 135, § 2 en het verband met de Franse revolutionaire decreten cf. met name: S. VAN GARSSE, “De administratieve politiebevoegdheid van de burgemeester”, *TBP* 2001, p. 141-147.

*“het voorzien, ten behoeve van de inwoners, in een goede politie, met name over de zindelijkheid, de gezondheid, de veiligheid en de rust op openbare wegen en plaatsen en in openbare gebouwen”.*²⁹

Deze bepaling is de wettelijke grond voor wat de Raad van State en de rechtsleer de *“algemene administratieve politie(bevoegdheid)”* van de gemeenten noemen, d.w.z. *“het geheel van de opdrachten die door of op grond van de wet worden verleend met het oog op het handhaven van de openbare orde, de openbare rust, de openbare veiligheid en de openbare gezondheid en die de bevoegdheid inhouden om in overeenstemming met de wet beperkingen op te leggen aan de uitoefening van de individuele rechten en vrijheden”*³⁰, doorgaans aangeduid door de uitdrukking *“handhaven van de openbare orde”* (openbare veiligheid, gezondheid en rust).

De algemene administratieve politiebevoegdheid van de gemeente is niet absoluut.

b) Grenzen: de vrijheid van handel en nijverheid

8. De algemene administratieve politie kan per definitie in conflict komen met individuele vrijheden en met name met de vrijheid van handel en nijverheid (in het onderhavige geval de vrijheid van ondernemen van de marktkramer of de foorreiziger) ingeschreven in artikel 7 van het Franse decreet van 2 en 17 maart 1791 (ook *“Decreet d’Allarde”* genoemd) – nog steeds van kracht in België –³¹ en in artikel 6, § 1, VI, lid 3 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen van 8 augustus

²⁹ Art. 135, § 2, lid 2 van de Nieuwe Gemeentewet voegt eraan toe: *“Meer bepaald, en voor zover de aangelegenheid niet buiten de bevoegdheid van de gemeenten is gehouden, worden de volgende zaken van politie aan de waakzaamheid en het gezag van de gemeenten toevertrouwd:*

1° alles wat verband houdt met een veilig en vlot verkeer op openbare wegen, straten, kaden en pleinen, hetgeen omvat de reiniging, de verlichting, de opruiming van hindernissen, het slopen of herstellen van bouwvallige gebouwen, het verbod om aan ramen of andere delen van gebouwen enig voorwerp te plaatsen dat door zijn val schade kan berokkenen, of om wat dan ook te werpen dat voorbijgangers verwondingen of schade kan toebrengen of dat schadelijke uitwasemingen kan veroorzaken; voor zover de politie over het wegverkeer betrekking heeft op blijvende of periodieke toestanden, valt zij niet onder de toepassing van dit artikel;

2° het tegengaan van inbreuken op de openbare rust, zoals vechtpartijen en twisten met volksoploop op straat, tumult verwekt in plaatsen van openbare vergadering, nachtgerucht en nachtelijke samenscholingen die de rust van de inwoners verstoren;

3° het handhaven van de orde op plaatsen waar veel mensen samenkomen, zoals op jaarmarkten en markten, bij openbare vermakelijkheden en plechtigheden, vertoningen en spelen, in drankgelegenheden, kerken en andere openbare plaatsen;

4° het toezicht op een juiste toemeting bij het slijten van waren (waarvoor meeteenheden of meetwerktuigen gebruikt worden) en op de hygiëne van openbaar te koop gestelde eetwaren;

5° het nemen van passende maatregelen om rampen en plagen, zoals brand, epidemieën en epizoötiën te voorkomen en het verstrekken van de nodige hulp om ze te doen ophouden;

6° het verhelpen van hinderlijke voorvallen waartoe rondzwervende kwaadaardige of woeste dieren aanleiding kunnen geven;

7° het nemen van de nodige maatregelen, inclusief politieverordeningen, voor het tegengaan van alle vormen van openbare overlast”.

³⁰ Voorontwerp van wet op het politieambt, Advies van de Raad van State, afdeling wetgeving, *Parl.St.* Kamer 1990-91, nr. 1637/001, 109, geciteerd door P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN en B. WEEKERS, *Burgmeester. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2005, nr. 30, p. 25 (die opmerken dat de Raad van State zo de definitie van J. DEMBOUR – *Les pouvoirs de police administrative générale des autorités locales*, Brussel, Bruylant, 1956, 9 – overgenomen heeft). In dezelfde zin: M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Tome 1, Brussel, Bruylant, 1989, nr. 86, p. 204; F. LAMBOTTE, M. MULLER en V. RAMELOT, “Les pouvoirs de police des communes”, *Rev.dr.commun.* 2004, 58; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° *Police administrative*, Brussel, Bruylant, 2006, 195.

³¹ Dat bepaalt dat *“[il est] libre à toute personne de faire tel négoce ou d’exercer telle profession, art ou métier qu’elle trouvera bon; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d’une patente, d’en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits”* – geciteerd in M. HERBIET en A.L. DURVIAUX, *Droit public économique*, Die Keure, Brussel, 2008, nr. 13, p. 13, die ook verwijzen naar verschillende arresten van het Grondwettelijk Hof en de Raad van State die uitdrukkelijk het Decreet d’Allarde vermelden (*idem*, p. 13-14, voetnoot 56).

1980.³²

Deze laatste bepaling verenigt, in eenzelfde tekst, het in artikel 7 van het Decreet d'Allarde opgenomen beginsel en het vrij verkeer van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (dat laatste wordt hieronder besproken, *nr. 35 e.v.*).³³

De rechtsleer leidt onder andere uit het principe van vrijheid van handel en nijverheid de idee “*om de handel tegen administratieve obstakels te beschermen af. Zo beperkt dat principe de bevoegdheden van het bestuur ten aanzien van economische activiteiten van particulieren en ondernemingen, in die zin dat het bestuur slechts mag tussenkomen als zulks nodig is voor het handhaven van de openbare orde en voor zover een dergelijke tussenkomst conform in overeenstemming is met de habilitatiewet*” (eigen onderlijning).³⁴

c) Grenzen (vervolg): wettelijkheids- en evenredigheidsbeginsel

9. De vorige paragraaf heeft het al duidelijk gemaakt (cf. de woorden “*nodig*” en “*in overeenstemming met de habilitatiewet*”); de administratieve politie is o.a. onderworpen aan het wettelijkheidsbeginsel (waaronder de aan de gemeente toevertrouwde bevoegdheden) en aan het evenredigheidsbeginsel. De maatregel van administratieve politie dient noodzakelijk en evenredig aan het beoogde doel te zijn.

Zo heeft de Raad van State geoordeeld dat volgende maatregelen niet proportioneel waren:

- een algemeen en permanent verbod om hun activiteiten uit te oefenen tijdens bepaalde periodes van de nacht, onder het enige voorbehoud van individuele afwijkingen, die volledig werden overgelaten aan de discretie van de politieoverheid, opgelegd aan de uitbaters van alle cafés, herbergen en danszalen van een gemeente³⁵;
- een algemeen verbod op bedelen³⁶;
- het verbieden van de verkoop van alcoholische dranken door middel van automatische apparaten en in automatische winkels.³⁷

³² BS 15 augustus 1980. Deze bepaling luidt als volgt: “*In economische aangelegenheden oefenen de Gewesten hun bevoegdheden uit met inachtneming van de beginselen van het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of op grond van de wet, en door of op grond van de internationale verdragen*”.

³³ De vrijheid van verkeer vertoont veel gelijkaardigheden met de vrijheid van handel en nijverheid (behalve b.v. zuiver interne situaties). Men zou dan kunnen stellen dat het opnemen van de vrijheid van verkeer in een internationaal verdrag als gevolg heeft dat de vrijheid van handel en nijverheid (voor wat betreft de gemeenschappelijke punten met de vrijheid van verkeer) in de hiërarchie der normen hoger staat dan de wet. In voorkomend geval leidt dit tot de vraag van de verhouding van een dergelijke norm tot de Grondwet. Deze vragen worden hier niet verder onderzocht.

³⁴ M. HERBIET en A.L. DURVIAUX, *Droit public économique*, Brussel, Die Keure, 2008, nr. 15, p. 16 (vrije vertaling van: “*protéger le commerce contre les obstacles d'ordre administratif (...). [ce principe] est à la base de la liberté d'entreprendre. Il limite, ainsi, les pouvoirs de l'administration à l'égard des activités économiques privées aux seules interventions qui sont nécessaires au maintien de l'ordre public, au sens large du terme, et à celles qui sont compatibles avec la loi d'habilitation*”). In dezelfde zin: Ph. QUERTAINMONT, *Droit administratif de l'économie*, Brussel, Story-Scientia, 3^e druk, 2000, nr. 41, p. 44-45.

³⁵ RvS 16 december 1992, *JLMB* 1993, 404.

³⁶ RvS, nr. 68.735, 8 oktober 1997, *JT* 1998, 139; *JLMB* 1998, 461; *Pas.* 1997, IV, 88; *Rev.b.dr.const.* 1997, 407; *TBP* 1998, 432.

³⁷ RvS, nr. 166.573, 11 januari 2007, *RW* 2007-08, 952.

Daarentegen heeft de rechtspraak volgende situaties in hun specifieke context als wettige en evenredige toepassingen van de algemene administratieve politiebevoegdheid aangemerkt:

- het verbieden van de verkoop van honden en katten op de gemeentelijke markt door occasionele privéverkopers³⁸;
- het verbod een café na een bepaald tijdstip op het grondgebied van de gemeente uit te baten, teneinde de rust van de bewoners te verzekeren³⁹;
- het verbod gevaarlijke honden te fokken, af te richten en te houden op het grondgebied van de gemeente⁴⁰;
- het verbod gedurende een maand een videotheek uit te baten, teneinde de verstoringen van de openbare orde die zich voordeden in de omgeving van de videotheek, omdat er alcoholische dranken werden verkocht, te doen ophouden.⁴¹

10. Wat het wettelijkheidsbeginsel betreft, behoort de politie van het wegverkeer in beginsel niet tot de algemene administratie politie van de gemeente “*voorzover de politie van het wegverkeer betrekking heeft op blijvende of periodieke toestanden*”.⁴² Op dat vlak mag de gemeenteraad enkel “aanvullende reglementen van de politie van het wegverkeer” goedkeuren.⁴³ Deze bijzondere administratieve politiebevoegdheid is onderworpen aan de door de Federale Staat of de Gewesten vastgestelde regels betreffende het wegverkeer.⁴⁴ Bovendien is deze bevoegdheid beperkt tot het beschermen van de veiligheid en de vlotte doorgang van het verkeer⁴⁵ en mag ze enkel worden uitgeoefend wanneer de federale of gewestelijke regels in dit opzicht onvoldoende zijn.⁴⁶ Wekelijkse

³⁸ Cass. 6 december 1994, *AJT* 1995-96, 599, noot P. LEFRANC; *Arr.Cass.* 1994, 1065; *Pas.* 1994, I, 1057; *Turnh.Rechtsl.*, 1995, 88.

³⁹ Cass. 4 maart 1998, *Arr.Cass.* 1998, 264; *R.Cass.* 1999, 98, noot P. DE VROEDE; *RDPC* 1998, 804. Vergelijk met: RvS 13 oktober 1998, *APM* 1998, 231; RvS, nr. 90.369, 24 oktober 2000, *APM* 2000, 188; *CDPK* 2001, 509; *T.Gem.* 2002, 43, noot G. VAN HAEGENBORGH; *TBP* 2001, 511.

⁴⁰ RvS, nr. 95.192, 8 mei 2001, *APM* 2001, 122; *JT* 2001, 546; *JLMB* 2001, 1596.

⁴¹ RvS, nr. 162.080, 29 augustus 2006, *Rev.dr.commun.* 2008, 40.

⁴² Art. 135, § 2, lid 2, 1°, *in fine*, Nieuwe Gemeentewet; art. 10 wetten betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd door het KB van 16 maart 1968.

⁴³ Goedgekeurd door de gemeenteraad op basis van art. 119 Nieuwe Gemeentewet en art. 2 wetten betreffende de politie van het wegverkeer, gecoördineerd door het KB van 16 maart 1968. Deze reglementen “*moeten, om bindend te zijn, ter kennis van de belanghebbenden worden gebracht door personen die de kentekens van hun ambt dragen en ter plaatse opgesteld zijn of door passende verkeerstekens*” (art. 12 wetten betreffende de politie over het wegverkeer); ze maken het voorwerp uit van een gewestelijk goedkeuringstoezicht (cf. art. 2 van het Waalse decreet van 19 december 2007 betreffende het goedkeuringstoezicht van het Waalse Gewest op de aanvullende reglementen op de openbare wegen en op het verkeer van de gemeenschappelijke vervoermiddelen; art. 4 van het Vlaamse decreet van 16 mei 2008 betreffende de aanvullende reglementen op het wegverkeer en de plaatsing en bekostiging van de verkeerstekens).

⁴⁴ In die zin: wet van 20 juli 2005 tot wijziging van de gecoördineerde wetten van 16 maart 1968 betreffende de politie van het wegverkeer, Amendement, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1428/004, 12; N. FRASELLE en S. SMOOS, “Les compétences des communes en matière de circulation routière”, *Mouv.comm.* 2005, 243; G. VAN HAEGENBORGH, “De politionele bevoegdheid van de gemeenteraad”, in *Recht in de gemeente, deel 2, Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2011, 566 e.v.; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e druk, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 610, p. 569-570.

⁴⁵ Wat de openbare rust lijkt uit te sluiten (cf. RvS, nr. 87.889, 7 juni 2000, *De Launoit e.a. t. Ukkel*; RvS, nr. 159.613, 6 juni 2006, *S.A. Carmeuse t. Andenne*). De openbare rust zal daarentegen kunnen worden beschermd door een door de gemeente genomen maatregel in het kader van haar bijzondere politiebevoegdheid, zoals georganiseerd door de wet van 25 juni 1993 (nr. 12).

⁴⁶ RvS nr. 43.819, 13 juli 1993, *Rev.dr.commun.* 1994, 51.

markten en kermissen zijn periodieke situaties.⁴⁷

Indien echter een gemeente een maatregel vaststelt die van toepassing is op een bepaalde editie van de wekelijkse markt of kermis om een tijdelijke toestand op te lossen, gaat het om een “*tijdelijke politieverordening betreffende het wegverkeer*”.⁴⁸ Zo lijkt dit vaak het geval te zijn voor de kermis, in die zin dat het aantal attracties en bezoekers jaarlijks fel kan schommelen en bijgevolg een aangepaste aanpak (die noodzakelijkerwijze tijdelijk is) van de ene editie tot de andere vereist.⁴⁹ Indien de betrokken toestand ophoudt tijdelijk of occasioneel te zijn en blijvend of periodiek wordt, zal een aanvullend reglement van de politie van het wegverkeer moeten worden goedgekeurd.⁵⁰

Het Hof van Cassatie, de rechtbanken ten gronde en de rechtsleer menen bovendien dat uit het feit dat de politie van het wegverkeer – voor zover deze bevoegdheid op blijvende of periodieke situaties van toepassing is – niet onder de bevoegdheden van de gemeente valt, niet kan worden afgeleid dat de gemeente niet de verplichting heeft om te zorgen voor de verkeersveiligheid op die gedeelten van de openbare wegen die door de gemeente lopen.⁵¹

d) Grenzen (vervolg en einde): de finaliteit van de administratieve politie

11. Een laatste beperking van de administratieve politiebevoegdheid van de gemeente vloeit voort uit de wettelijke finaliteit van deze bevoegdheid. Een auteur benadrukte in dat verband dat “*het handhaven van de openbare orde de enige wettelijk aanvaardbare doelstelling is, met uitzondering van iedere esthetische, morele of economische reden – zoals de financiële belangen van de gemeente of van particulieren –, enz.*”⁵²

⁴⁷ In die zin i.v.m. de wekelijkse markten: N. FRASELLE en S. SMOOS, “Les compétences des communes en matière de circulation routière”, *Mouv.comm.* 2005, 243.

⁴⁸ Goedgekeurd door het college op basis van art. 12, lid 2 wetten betreffende de politie over het wegverkeer, gecoördineerd door het KB van 16 maart 1968, van art. 130bis Nieuwe Gemeentewet, zoals ingevoegd door de wet van 12 januari 2006 (BS 31 januari 2007, err., BS 2 februari 2007) en van art. 135, § 2, lid 2, 1° a *contrario* Nieuwe Gemeentewet.

⁴⁹ J. ASTAES, M. BAETSLE, B. BEELEN, A. COOLSAET, P. DE SMEDT, J. DUJARDIN, B. ROELANDTS en G. VAN HAEGENBORGH, *Gemeenteraad. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2001, nr. 390, p. 322, voetnoot 191. Cf. ook de voorbereidende werken van de wet van 12 januari 2006 tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet (memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2005-06, nr. 51–2022/001, 3).

⁵⁰ P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN en B. WEEKERS, *Burgmeester. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2005, nr. 57, p. 63, voetnoot 171; P. GOFFAUX, “La réglementation à l’essai de la circulation routière”, *Mouv.comm.* 1993, 209-212.

⁵¹ Op basis van art. 135, § 2, 1° van de Nieuwe Gemeentewet (verplichting om de openbare wegen *veilig* te maken) en art. 1382 e.v. van het Burgerlijk Wetboek: Cass. 19 november 1987, *Arr.Cass.* 1987-88, 350; *Pas.* 1988, I, 328; *RGAR* 1989, nr. 11.549; *RW* 1987-88, 1125; *Res.jur.imm.* 1988, 229; Cass. 27 november 1980, *Pas.* 1981, I, 361; Cass. 23 februari 1979, *Pas.* 1979, I, 760; Cass. 30 maart 1978, *Pas.* 1978, I, 820; Cass. 1 februari 1973, *Pas.* 1973, I, 525; *RW* 1972-73, 1856; Brussel, 31 maart 2000, *TAVW* 2002, 11; Luik 11 oktober 1999, *JLMB* 2000, 763; Gent 8 december 1998, *TAVW* 1999, 272; Gent 6 april 1998, *TAVW* 1998, 162; Bergen 14 oktober 1997, *RGAR* 1999, nr. 13.080; Luik 11 maart 1996, *RGAR* 1997, nr. 12.766; P. LEWALLE, A.L. DURVIAUX en C. DRESSEN, “La responsabilité délictuelle des communes”, *Rev.dr.commun.* 1994, 274-300; A.L. DURVIAUX, B. KOHL en D. FISSE, “Le droit de la responsabilité - Le domaine de la voirie”, in *Droit de la responsabilité - Domaines choisis*, C.U.P., vol. 119, Luik, Anthemis, 2010, p. 7-64, in het bijz. p. 28-39.

⁵² M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Tome 1, Brussel, Bruylant, 1989, nr. 87, p. 209. Deze auteur verwees naar twee zaken waar een gemeente getracht had financiële belangen van particulieren te beschermen (gemeentelijk reglement dat de financiële belangen van de organisatoren van de Ronde van Frankrijk beschermd door hen een monopolie op de publiciteit toe te vertrouwen; gemeentelijk reglement dat het scheppen van nieuwe campings verbood om de belangen van hotelhouders en andere eigenaars van onroerende goederen te beschermen).

De bijzondere administratieve politiebevoegdheid mag echter het handhaven van de (materiële) openbare orde nastreven, samen met doelstellingen die hiermee niets te maken hebben.⁵³ Zo is de regelgeving inzake stedenbouw en de bescherming van het historische erfgoed ongetwijfeld mede gebaseerd op esthetische overwegingen. De wet van 25 juni 1993 liet dan weer tot nog vrij recent een vorm van economisch protectionisme toe onder het mom van openbare orde (*nr. 76 e.v.*). En het Hof van Cassatie vermeldt de moraliteit uitdrukkelijk in zijn definitie van de openbare orde – ongewijzigd sinds 1948: “Alleen de wetgeving die de wezenlijke belangen van de Staat of de gemeenschap of het gewest betreft of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van de samenleving berust, is van openbare orde”.⁵⁴

Het begrip “openbare orde” blijft eigenlijk in vele opzichten ongrijpbaar.⁵⁵ Het kan trouwens niet worden uitgesloten dat dit begrip niet dezelfde betekenis heeft in alle takken van het recht.⁵⁶ Wat ons onderwerp betreft, verzet de Raad van State zich er in ieder geval tegen dat de gemeenten maatregelen van algemene administratieve politie nemen met de bedoeling om de morele openbare orde te handhaven, tenzij de morele verstoring een materiële verstoring uitlokt⁵⁷; dit is vaste rechtspraak van de Raad van State.⁵⁸

II.C. Bijzondere administratieve politie: de wet van 25 juni 1993

⁵³ M.A. FLAMME, *Droit administratif*, Tome 2, Brussel, Bruylant, 1989, nr. 463, p. 1115; D. HACHE en J. VANDE LANOTTE, *Juridische fundamenteen inzake de vrijwaring van de openbare orde*, Brugge, Vanden Broele, 1991, 13-15 (in het bijzonder over esthetische en morele overwegingen); P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° *Police administrative*, Brussel, Bruylant, 2006, 195.

⁵⁴ Cass. 9 december 1948, *Arr.Cass.* 1948, 615; *Pas.* 1948, I, 699; Cass. 5 mei 1949, *Pas.* 1949, I, 335, voetnoot nr. 2; Cass. 22 december 1949, *Arr.Cass.* 1950, 244; *Pas.* 1950, I, 266; Cass. 15 maart 1968, *Arr.Cass.* 1968, 936; *Pas.* 1968, I, 884; Cass. 10 november 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, 299; *Pas.* 1979, I, 309; *RW* 1979-80, 1479, noot A. VAN OEVELEN; Cass. 28 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, 117; *Pas.* 1980, I, 131; Cass. 10 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 236; *Bank Fin.* 1994, 258, noot A. BRUYNEEL; *JT* 1994, 419; *Pas.* 1994, I, 237; *RW* 1994-95, 431; *TBH* 1995, 15, noot F. GLANSDORFF; *TRV* 1995, 176, noot H. LAGA; Cass. 19 maart 2007, *Arr.Cass.* 2007, 645; *Pas.* 2007, 555; Cass. 29 november 2007, *Pas.* 2007, 2154; *TBO* 2008, 213. Adde: “Een wet is van internationale openbare orde indien de wetgever door de bepalingen van die wet een beginsel heeft willen bekrachtigen dat hij essentieel acht voor de *morele*, politieke en economische orde in België. Daarom moet die wet noodzakelijkerwijze in België de toepassing uitsluiten van elke hiermee strijdige of verschillende regel van buitenlands recht, zelfs indien deze regel volgens de gewone regels van het wetsconflict van toepassing is” (eigen onderlijning) (Cass. 18 juni 2007, *JLMB* 2008, 820; *Pas.* 2007, 1237, *RW* 2009-10, 798; *TBBR* 2008, 520. In dezelfde zin: Cass. 2 april 1981, *Arr.Cass.* 1980, 869; *JT* 1981, p. 653; *Pas.* 1981, I, 835; *RCJB* 1983, 499; *RW* 1982-83, 922, noot J. ERAUW).

⁵⁵ Cf. met name: *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Tome XLIX, Parijs, L.G.D.J., 1998, 1143 p. (met de volgende auteurs i.v.m. het Belgisch recht: E. WYMEERSCH, “L'ordre public dans l'économie – Rapport belge”, 57-89; M.Th. MEULDERS-KLEIN en Y.H. LELEU, “L'ordre public dans les relations de famille – Rapports belges”, 361-492; M. DISPERSYN, “L'ordre public dans les relations de travail”, 697-704); *L'ordre public – Concept et applications*, Brussel, Bruylant, 1995, 327 p.; D. HACHE en J. VANDE LANOTTE, *Juridische fundamenteen inzake de vrijwaring van de openbare orde*, Brugge, Vanden Broele, 1991, 2, die met name verwijzen naar C. PERELMAN, “Les notions à contenu variable en droit – Essai de synthèse”, in *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Parijs, L.G.D.J., 1984, 134; P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN en B. WEEKERS, *Burgemeester. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2005, nr. 30, p. 25; M.J. REDOR (ed.), *L'ordre public: ordre public ou ordres publics?*, Brussel, Bruylant, 2001, 436 p.

⁵⁶ Cf. de bijdragen vermeld in de vorige voetnoot. We hebben dat verschijnsel elders reeds waargenomen, waar verschillende rechtstakken verschillende omschrijvingen van eenzelfde begrip hanteren (b.v. de “controle over een vennootschap” of de “kosteloze overeenkomst”): Th. DELVAUX, “Le contrôle d'une société – Sens et contresens d'un concept polysémique”, *JT* 2007, 789-803; A.L. DURVIAUX en Th. DELVAUX, “Mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics”, *JT* 2011, 429-438.

⁵⁷ Bv. de ontdekking van drugs in een dancing, die het sluiten ervan gedurende vier maanden rechtvaardigt, niet omwille van morele overwegingen doch om de verkeersveiligheid te verzekeren (RvS, nr. 53.398, 19 mei 1995). Cf. ook: Ch. HAVARD, *Manuel pratique de droit communal en Wallonie*, Brussel, Die Keure, 2006, nr. 153.3, p. 193.

⁵⁸ Cf. S. BRABANTS, “Geen gemeentelijke politiebevoegdheid voor de morele openbare orde, ook niet na de invoering van het begrip ‘openbare overlast’”, *T.Gem.* 2010, 205-209; F. LAMBOTTE, M. MULLER en V. RAMELOT, “Les pouvoirs de police des communes”, *Rev.dr.commun.* 2004, 64-65.

12. Een bijzondere wet tracht de omvang van de vrijheid van ondernemen van marktkramers en foorreizigers enerzijds, en de beperkingen van de administratieve politiebevoegdheid van de gemeente anderzijds, te verfijnen. De ambulante handel wordt immers verder georganiseerd door de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten (de “*wet van 25 juni 1993*”). Deze wet kent een bijzondere administratieve politiebevoegdheid aan de gemeente toe (nr. 19).

De twee belangrijkste uitvoeringsbesluiten van deze wet zijn op dit moment het KB van 24 september 2006 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante activiteiten⁵⁹ (“*KB betreffende de ambulante activiteiten*”) en het KB van 24 september 2006 betreffende de uitoefening en de organisatie van kermisactiviteiten en ambulante activiteiten in kermisgastronomie⁶⁰ (“*KB betreffende de kermisactiviteiten*”).⁶¹

a) Ratio legis van de wet van 25 juni 1993 (versie van 2005)

13. Het huidige regime is het resultaat van een grondige wetswijziging in 2005-2006⁶², die verschillende doelstellingen nastreefde, waaronder deze om de organisatie van de ambulante handel op het openbaar domein van de gemeente aan de betrokken gemeente toe te vertrouwen, zonder laksheid en zonder excessen, in het welbegrepen belang van de ondernemingen en van de consumenten.⁶³

b) Toepassingsgebied

14. De wet van 25 juni 1993 is van toepassing op:

⁵⁹ BS 29 september 2006, ed. 2, 50488.

⁶⁰ BS 29 september 2006, ed. 2, 50537.

⁶¹ Voor een duidelijke en beknopte uitleg van beide uitvoeringsbesluiten cf. met name: M. LAMBERT, “La nouvelle réglementation relative aux activités ambulantes et foraines”, *Mouv.comm.* 2007, 109-116 (ook beschikbaar via de website van de *Union des Villes et Communes de Wallonie*: <http://www.uvcw.be/articles/3,11,2,0,1608.htm>).

⁶² Wet van 4 juli 2005 tot wijziging van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten (BS 25 augustus 2005) en wet van 20 juli 2006 houdende diverse bepalingen (BS 28 juli 2006).

⁶³ Volgens het verslag aan de Koning heeft de wetgever van 2005-2006 (cf. vorige voetnoot) “*zich drie belangrijke doelstellingen gesteld. De eerste, het toepassingsgebied doen overeenstemmen met de socio-economische realiteit. De tweede, de handelsonderneming verlossen van reglementaire belemmeringen die hen beteugelen in hun ontwikkeling. De derde, de beheersing van de ambulante activiteiten op haar openbaar domein teruggeven aan de gemeente en hun de middelen aanbieden om zich te voorzien van een netwerk van buurtwinkels die het aanbod van de gevestigde handel aanvult (...). De derde doelstelling van de wet verleent de gemeente de organisatie van de ambulante handel op haar openbaar domein. Zij stelt zodoende een einde aan de ontwikkeling van “wilde” activiteiten in enkele gemeenten en aan het algemeen verbod van de ambulante handel in andere. Zij biedt, bij dezelfde gelegenheid, aan de gemeentelijke overheden de mogelijkheid om op een harmonieuze wijze het handelsaanbod op zijn grondgebied weer aan te trekken*” (verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, BS 29 september 2006, ed. 2, 50488 en 50489). De derde doelstelling staat niet *expressis verbis* in de parlementaire voorbereiding van de wet van 4 juli 2005 (die slechts de eerste twee doelstellingen vermelden), maar er wordt meermaals en onrechtreeks naar verwezen. Cf. onder andere: “*Deze wijziging [d.w.z. de wet van 4 juli 2005 tot wijziging van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten] wil een evenwicht zoeken tussen de belangen van de verschillende betrokken groepen: de ambulante handelaars en foorreizigers, de sedentaire handelaars, het verenigingsleven en de gemeenten. Om dit te bereiken wenst deze wet de ambulante handelaar en foorreiziger een toepassingsgebied te geven welke overeenstemt met de noden van de consument en tevens met zijn natuurlijk ontwikkelingssterrein. De organisatie van dit terrein wordt aan de gemeente toevertrouwd die de meest nabije overheid en tevens betrokken partij is*” (memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1534/001, 6).

- de ambulante verkoop aan de consument van “*producten en bijkomstig van diensten die op deze producten betrekking hebben*”⁶⁴,
- de verkoop van “*diensten waarvan de nadere regels en verkoopsplaatsen overeenkomen met deze van*” de ambulante verkoop van producten⁶⁵, en
- de “*verkoop van diensten aan de consument in het kader van de uitbating van kermisattracties of van vestigingen van kermisgastronomie*”.⁶⁶

Naast de verkoop van bekende producten die allang plaatsvindt op de markten of op de kermissen is de wet dus van toepassing op talrijke activiteiten, waarvan er een aantal vrij recent is: de verkoop van vaste lijn- of mobiele abonnementen op de gemeentelijke markten; de verkoop van elektriciteit alsook aanbiedingen van diensten ten huize van de consument (ruiten wassen, wassen van wagens, tuinonderhoud), enz.⁶⁷

Het potentieel brede toepassingsgebied van de wet van 25 juni 1993 wordt beperkt door verschillende bepalingen van de wet en van de uitvoeringsbesluiten ervan, die bepaalde types van ambulante verkoop uitsluiten.⁶⁸

c) Verboden verkopen

15. Onafhankelijk van het voorafgaande vergunningstelsel, zoals hieronder zal worden besproken, verbiedt de wet verschillende soorten van verkoop. Zo zijn de verkopen ten huize van consumenten in principe verboden, wanneer deze betrekking hebben op producten of diensten voor een totale waarde van meer dan 250 euro per consument.⁶⁹ Bovendien zijn al de verkopen ten huize van consumenten buiten bepaalde uren verboden.⁷⁰ Ten slotte mogen sommige goederen niet het voorwerp van een ambulante verkoop uitmaken (ten huize van de consument of elders): geneesmiddelen, brillen en contactlenzen, edele metalen, juwelen, alsook wapens en munitie.⁷¹

Hoewel deze verbodsbepalingen op grond van het Europees recht belemmeringen van het vrij verkeer uitmaken, kunnen zij gerechtvaardigd zijn door overwegingen inzake volksgezondheid, bescherming

⁶⁴ Art. 2, § 1, lid 1 wet van 25 juni 1993, zoals gewijzigd door de wet van 4 juli 2005.

⁶⁵ Art. 2, § 1, lid 2 wet van 25 juni 1993, zoals gewijzigd door de wet van 4 juli 2005, en art. 2 KB betreffende de ambulante activiteiten. Deze laatste bepaling sluit echter van het toepassingsgebied van de wet de verkoop van diensten uit “*die uitgaan van beroepen waarvan de activiteiten aan regels van deontologie, goedgekeurd door de openbare machten, onderworpen zijn, zoals de beroepen van architect, landmeter, verzekeraar, enz.*” (verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, BS 29 september 2006, ed. 2, 40590).

⁶⁶ Art. 2, § 2 wet van 25 juni 1993, zoals gewijzigd door de wet van 4 juli 2005. De tekst van deze bepaling is niet helemaal correct: de “*vestigingen van kermisgastronomie*” verkopen geen diensten aan consumenten, doch goederen (levensmiddelen). Over dit onderscheid, cf. hieronder (nr. 36).

⁶⁷ Verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, BS 29 september 2006, ed. 2, 40590.

⁶⁸ Cf. met name: art. 5 wet van 25 juni 1993 en art. 2 *in fine* en de art. 6 tot 12 KB betreffende de ambulante activiteiten (en de relevante passages van het verslag aan de Koning). Het gaat b.v. om: diensten aangeboden door beroepen die onderworpen zijn aan regels inzake deontologie (architect, landmeter, verzekeraar, enz.); rommelmarkten waaraan particulieren kunnen deelnemen; occasionele promotionele verkopen; verkoop door een handelaar voor zijn winkel of in het verlengde van zijn winkel van producten die hij gewoonlijk aanbiedt in zijn winkel; enz.

⁶⁹ Art. 4, § 1, lid 3 *a contrario* wet 25 juni 1993. De drempel van 250 euro is hoger vastgesteld voor de verkoop van sommige producten (art. 3 KB betreffende de ambulante activiteiten).

⁷⁰ Art. 19 KB betreffende de ambulante activiteiten: “*De uitoefening van ambulante activiteiten ten huize van de consument is niet toegelaten vóór 8 uur en na 20 uur. Niettemin kan elke verkoopsactie begonnen vóór 20 uur mits akkoord van de consument na dit uur afgesloten worden*”.

⁷¹ Art. 5 KB betreffende de ambulante activiteiten.

van de consument en bescherming van de openbare veiligheid⁷² (nr. 58). Aangezien deze verbodsbepalingen van toepassing zijn op goederen, mogen zij bovendien als “verkoopmodaliteiten” in de zin van de Keck-rechtspraak worden beschouwd en ontsnappen ze bijgevolg aan het principiële verbod van belemmeringen van het vrij verkeer van goederen. In voorkomend geval en op voorwaarde dat deze maatregelen niet discriminatoir zijn, worden zij in overeenstemming met het Europees recht geacht (nr. 40).

d) Voorafgaand vergunningstelsel

16. De wet van 25 juni 1993 voorziet in een voorafgaand vergunningstelsel op twee niveaus. Vooreerst bepaalt artikel 3, lid 1 van de wet van 25 juni 1993 dat “de uitoefening van ambulante of kermisactiviteiten is onderworpen aan een voorafgaande machtiging” van een ondernemingsloket. Op grond van artikel 4, § 1, lid 1 van de wet van 25 juni 1993 mag de houder van een dergelijke machtiging zijn ambulante activiteit uitoefenen “op de openbare en private markten, de openbare weg, op de andere plaatsen van het openbaar domein, op de plaatsen grenzend aan de openbare weg en op de commerciële parkingplaatsen”⁷³; dezelfde bepaling voegt er echter aan toe dat deze uitoefening “overeenkomstig de bepalingen van hoofdstuk II” moet geschieden. Dit laatste hoofdstuk van de wet van 25 juni 1993 bepaalt dan weer dat deze uitoefening onderworpen is aan een gemeentelijk reglement dan wel een individuele machtiging van de gemeente.⁷⁴

Het door de wet van 25 juni 1993 voorziene voorafgaande vergunningstelsel is m.a.w. *tweeledig*: naast het bekomen van een voorafgaande machtiging afgegeven door een ondernemingsloket⁷⁵ (nr. 17) dient de marktkramer tevens het beleid van de gemeente (waar hij van plan is zijn activiteiten uit te oefenen) betreffende de ambulante activiteiten na te leven⁷⁶ (nr. 19).

e) Machtiging van het ondernemingsloket

17. De marktkramer kan van het ondernemingsloket een machtiging tot het uitoefenen van ambulante activiteiten verkrijgen indien voldaan is aan de drie volgende voorwaarden:

- Belg of onderdaan van een lidstaat van de Europese Economische Ruimte zijn⁷⁷;
- aan de toepasselijke bepalingen voldoen, indien de ambulante activiteit een gereguleerd domein betreft.⁷⁸ Hiermee bedoelt men enerzijds het bewijs van basiskennis van

⁷² Deze redenen worden trouwens uitdrukkelijk vermeld in het verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten (commentaar betreffende art. 5) om de betrokken verbodsbepalingen te rechtvaardigen (BS 29 september 2006, ed. 2, 50492).

⁷³ Cf. ook art. 4, § 1, lid 2 wet van 25 juni 1993 (“Met de openbare weg worden gelijkgesteld de parkingplaatsen gelegen op de openbare weg, de winkelgalerijen, de stations-, luchthaven- en metrohallen en de plaatsen waar kermissen doorgaan”) en art. 4 KB betreffende de ambulante activiteiten (“cafés, hotels en restaurants” voor de verkoop van bloemen, en andere plaatsen bedoeld door deze bepaling).

⁷⁴ Art. 8, 9 en 10bis wet van 25 juni 1993.

⁷⁵ Art. 3, lid 1 wet van 25 juni 1993. In dit kader levert het ondernemingsloket twee soorten van machtiging: een “machtiging tot het uitoefenen van ambulante activiteiten” (voor iedere ambulante activiteit behalve kermisactiviteiten, doch met inbegrip van het uitbaten van een vestiging van kermisgastronomie zonder bediening aan tafel, dient een dergelijke machtiging te worden bekomen. Cf. art. 13 en 14 KB betreffende de ambulante activiteiten; art. 1, § 2 of art. 2, § 2 KB betreffende de kermisactiviteiten) en een “machtiging van kermisactiviteiten” (cf. art. 1, § 1 en 1, § 2 KB betreffende de kermisactiviteiten). De afleveringsvoorwaarden van deze tweede soort machtiging worden hier niet besproken (cf. art. 4 e.v. KB betreffende de kermisactiviteiten).

⁷⁶ Art. 8, 9 en 10bis wet van 25 juni 1993.

⁷⁷ Art. 16, 1° KB betreffende de ambulante activiteiten.

⁷⁸ Art. 16, 2° KB betreffende de ambulante activiteiten.

bedrijfsbeheer en anderzijds het bezit van de vergunning of het diploma vereist door de specifieke toepasselijke regelgeving⁷⁹; en

- “indien de ambulante activiteit uitgeoefend wordt ten huize van de consument, van goed gedrag en zeden zijn”.⁸⁰

De voorwaarden om de machtiging van kermisactiviteiten te verkrijgen zijn identiek.⁸¹

18. De tweede en derde voorwaarden maken belemmeringen van het vrij verkeer van *diensten* uit. Deze vereisten beperken immers de uitoefening van werkzaamheid anders dan in loondienst, aangezien zij betrekking hebben op de kwalificaties en de beroepseer van de marktkramer zelf en niet rechtstreeks de verkoop van goederen regelen (*nr. 38*). Hoe dan ook kan dit soort belemmeringen gerechtvaardigd zijn, vooral indien het evenredigheidsprincipe wordt nageleefd. In dit opzicht mogen de toepasselijke vereisten om de betrokken activiteiten te kunnen uitoefenen de op de dienstverlener toepasselijke vereisten van zijn land van oorsprong niet overlappen, dit zowel vanuit het oogpunt van de rechtspraak van het Hof van Justitie als op grond van richtlijn 2006/123/EG (*nr. 61* en *nr. 69*).

f) Machtiging van de gemeente

19. De wet van 25 juni 1993 kent de gemeente een *bijzondere administratieve politiebevoegdheid* toe (die in principe de algemene administratieve politiebevoegdheid vervangt – *nr. 7* en *nr. 30*): een gemeentelijk reglement dient de uitoefening van ambulante (en kermis-) activiteiten op het openbaar domein te regelen.⁸² De wet maakt in dat opzicht een onderscheid tussen:

- “de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten op de openbare markten en kermissen” (d.w.z. *binnen* wat we de “gemeentelijke markt” hebben genoemd)⁸³ en
- “de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten op het openbaar domein, buiten de openbare markten en kermissen” (d.w.z. *buiten* wat we de “gemeentelijke markt” hebben genoemd).⁸⁴

In het eerste geval vinden de ambulante activiteiten noodzakelijkerwijze op een tijdelijk vaste wijze plaats. In het tweede geval mogen de ambulante activiteiten op een tijdelijk vaste dan wel op een rondtrekkende wijze uitgeoefend worden.⁸⁵ We zullen zien dat de gemeente eigenlijk slechts de ambulante activiteiten uitgeoefend op een tijdelijk vaste wijze – binnen of buiten de gemeentelijke markt – mag regelen, aangezien de ambulante verkoop rechtstreeks toegelaten wordt door de wet (*nr. 24*).

⁷⁹ Verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, commentaar betreffende artikel 16: “De belangrijkste zijn: de arbeidskaart voor bepaalde categorieën van (...) vreemdelingen; het bewijs van beroepsbekwaamheid in het kader van het uitoefenen van een gereguleerd beroep overeenkomstig de hierboven vermelde wet van 10 februari 1998; het bezit van een vergunning beenhouwer-spekslager voor de verkoop van vers vlees. Deze lijst is niet volledig want de verkoop van andere specifieke producten of diensten kan tevens aan bijzondere voorwaarden onderworpen zijn” (BS 29 september 2006, ed. 2, 50500).

⁸⁰ Art. 16, 3° KB betreffende de ambulante activiteiten. In dat verband cf. (onder het vorige regime): RvS, nr. 157.109, 30 maart 2006; RvS, nr. 169.711, 3 april 2007; RvS, nr. 169.712, 3 april 2007; RvS, nr. 172.082, 11 juni 2007.

⁸¹ Cf. art. 5 KB betreffende de kermisactiviteiten. Het KB vereist echter niet dat de fooreiziger een bewijs van goed gedrag en zeden voorlegt; hij oefent immers geen activiteit ten huize van de consument uit.

⁸² Art. 8 e.v. wet van 25 juni 1993 en art. 119 Nieuwe Gemeentewet.

⁸³ Art. 8, § 1 wet van 25 juni 1993.

⁸⁴ Art. 9, § 1 wet van 25 juni 1993.

⁸⁵ Cf. art. 9, § 2, lid 1 wet van 25 juni 1993 en het verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten (BS 29 september 2006, ed. 2, 50508), die allebei het onderscheid maken.

De wet van 25 juni 1993 bepaalt nog dat de “*organisatie van de privémarkten en kermissen ontstaan uit privé-initiatief, evenals de organisatie van elke ambulante activiteit op de plaatsen die grenzen aan de openbare weg of op commerciële parkingplaatsen alsook elke kermisactiviteit op privéterrein*” onderworpen zijn aan voorafgaande machtiging van de gemeente.⁸⁶

20. De wetgever *verplicht*⁸⁷ de gemeente om een reglement goed te keuren dat de gemeentelijke markt organiseert en bepaalde minimale gegevens bevat: de plaats, de dag en de uren van de markt; het marktplan en, indien de markt gespecialiseerd is, de producten of de diensten die op elke standplaats, zone van standplaatsen of op de gehele oppervlakte van de markt kunnen worden verkocht; de uitvoeringsmodaliteiten inzake de regels van toewijzing, inname en betaling van de standplaatsen alsook deze inzake de overdracht, de onderverhuring en de schorsing van bezetting van de standplaatsen; de termijn van vooropzeg die aan de houders van standplaatsen dient te worden gegeven in geval van definitieve opheffing van de markt of van een deel van de standplaatsen.⁸⁸ Deze wettelijke “verplichting” wordt als volgt gesanctioneerd: indien de gemeente niets voorziet in verband met de uitoefening van ambulante activiteiten in het gemeentelijke reglement, “*is de ambulante handel toegelaten op de totaliteit van het gemeentelijke openbaar domein. De uitoefening kan evenwel geweigerd worden (...) voor motieven van openbare orde, openbare veiligheid, openbare gezondheid, openbare rust en de bescherming van de consument*”.⁸⁹

De wet van 25 juni 1993 vereist echter helemaal niet dat de gemeente een gemeentelijke markt organiseert. De oprichting van een dergelijke markt behoort tot de gemeentelijke autonomie, die de wetgever (zowel in 1993 als in 2005) heeft willen behouden.⁹⁰ Vanuit deze invalshoek zou de gemeente strikt gezien een reglement mogen goedkeuren dat het plaatsvinden van een dergelijke markt en de uitoefening van iedere ambulante activiteit op haar grondgebied verbiedt.

In het intern Belgisch recht beperken de vrijheid van handel en nijverheid en het evenredigheidsbeginsel echter de (algemene of bijzondere) administratieve politie en kunnen zich

⁸⁶ Art. 10bis wet van 25 juni 1993, zoals ingevoegd door de wet van 4 juli 2005. Voor het vroegere regime cf. RvS, nr. 63.029, 13 november 1996, *T.Gem.* 1998, 18 (“*De Wet 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten geeft aan de gemeentelijke overheid geen enkele bevoegdheid om uit te maken onder welke voorwaarden ambulante activiteiten op privaat terrein mogen worden uitgeoefend*”).

⁸⁷ Wet van 25 juni 1993, memorie van toelichting, *Parl.St.* Senaat 1990-91, nr. 1417/1, 2: “*voor de organisatie van openbare markten [d.w.z. gemeentelijke markten] wordt een gemeenteverordening opgelegd, die in overeenstemming moet zijn met enkele basisregels die bij koninklijk besluit zullen worden bepaald*”. Cf. ook het verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, *BS* 29 september 2006, ed. 2, 50503: “*Ter herinnering, artikel 8, § 1, voorziet dat de organisatie van de openbare markten geregeld wordt door een reglement dat door de gemeentelijke overheid uitgevaardigd wordt. Deze verplichting geldt voor alle openbare markten, ook voor deze die in concessie gegeven werden. Het reglement bevat verplicht bepaalde gegevens*” (eigen onderlijning).

⁸⁸ Art. 8, § 2 wet van 25 juni 1993. Cf. ook: verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten (*BS* 29 september 2006, ed. 2, p. 50503); RvS, nr. 184.176, 13 juni 2008, *Vanbiervliet e.a. t. Stad Waregem*.

⁸⁹ Verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, dat verwijst naar art. 9, § 2 wet van 25 juni 1993 (dat het verslag “*volledige omkadering*” benoemt) en naar art. 9, § 4 wet van 25 juni 1993 (dat het verslag kwalificeert als een machtiging “*geval per geval*”) (*BS* 29 september 2006, ed. 2, 50508).

⁹⁰ Cf. wet van 25 juni 1993, verslag van de Commissie voor de Landbouw en de Middenstand, *Parl.St.* Senaat 1991-92, buitengew. zitting, nr. 305/2, 12 (“*... merkt de Minister op dat, wat de organisatie van de openbare markten [d.w.z. de gemeentelijke markten] betreft, de bepalingen (...) van het ontwerp geenszins raken aan de bevoegdheid van de gemeenten inzake de oprichting, de afschaffing, de verplaatsing en de organisatie van een openbare markt. Het beginsel van de gemeentelijke autonomie wordt volledig gevrijwaard: het is niet de taak van de uitvoerende macht te beslissen over de oprichting van markten*”) en verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, *BS* 29 september 2006, ed. 2, 50488-50589 (dat eraan herinnert dat de wet van 4 juli 2005 drie doelstellingen had, onder andere: “*de beheersing van de ambulante activiteiten op haar openbaar domein teruggeven aan de gemeente en hun de middelen aanbieden om zich te voorzien van een netwerk van buurtwinkels die het aanbod van de gevestigde handel aanvult. (...) De derde doelstelling van de wet verleent de gemeente de organisatie van de ambulante handel op haar openbaar domein. Zij stelt zodoende een einde aan de ontwikkeling van “wilde” activiteiten in enkele gemeenten en aan het algemeen verbod van de ambulante handel in andere*”).

verzetten tegen een radicale maatregel zoals het totale verbod (*nr. 8 en nr. 9*). Het is in het licht van deze herinnering dat volgende passage van de parlementaire voorbereiding van de wetwijziging van 2005 dient te worden gelezen:

“Bepaalde gemeenten krijgen af te rekenen met een ware wildgroei van ambulante activiteiten terwijl andere, om dergelijke situaties te vermijden, de neiging vertonen om alle ambulante activiteiten te verbieden. Het is bijgevolg wenselijk de gemeente op te dragen zelf een toepassingsgebied van ambulante activiteiten uit te werken en haar aldus de opportuniteit te verlenen om, dankzij een alternatieve ter plaatse opgezette handel, het aanbod van de sedentaire handel in functie van de plaatselijke specifieke behoeften en van de bestaande handelsinfrastructuur aan te vullen. Het is echter vanzelfsprekend dat deze mogelijkheid niet mag uitmonden in een veralgemeend verbod op ambulante activiteiten. Een dergelijke houding gaat immers in tegen het principe van vrijheid van handel en nijverheid”⁹¹ (eigen onderlijning).

De wet van 25 juni 1993 zelf belet trouwens dat een gemeente *iedere* ambulante activiteit op haar grondgebied zou verbieden: een gemeente mag de houder van een machtiging verleend door een ondernemingsloket (*nr. 17*) niet verbieden bepaalde ambulante verkopen die rechtstreeks door de wet toegelaten worden uit te oefenen (*nr. 24*). Buiten deze gevallen lijkt ons een verbod aanvaardbaar op voorwaarde dat het de vrijheid van handel niet buitenproportioneel belemmert: zulks zou het geval kunnen zijn van een kleine gemeente met een uitsluitend residentiële bestemming, die iedere ambulante activiteit buiten de rechtstreeks door de wet toegelaten activiteiten zou verbieden om de rust van de bewoners te verzekeren, indien een dichtbijgelegen gemeente een beroemde en drukbezochte markt organiseert.

21. Het beleid van de gemeente betreffende de gemeentelijke markt en de daarbuiten uitgeoefende ambulante handel dient in een gemeentelijk reglement te worden ingeschreven. Dit heeft echter geen invloed op het lot van de *“organisatie van de privémarkten en kermissen ontstaan uit privé-initiatief”* en op de *“organisatie van eender welke ambulante activiteit op plaatsen die grenzen aan de openbare weg of op commerciële parkingplaatsen alsook elke kermisactiviteit op privéterrein”*, die onderworpen zijn aan de voorafgaande machtiging van de gemeente.⁹² Niets belet echter dat het gemeentelijke reglement ook het beleid van de gemeente in verband met deze twee laatste categorieën van activiteiten nader bepaalt.

22. De gemeentelijke machtiging is niet van kracht buiten het grondgebied van de gemeente. Dit is uitdrukkelijk toegestaan door de wet ter omzetting van richtlijn 2006/123/EG.⁹³ Het is echter onzeker of de Europese Commissie dit als conform met de richtlijn zal beschouwen.⁹⁴

g) Activiteiten die (geheel of gedeeltelijk) van de gemeentelijke machtiging zijn vrijgesteld

23. De hierboven vermelde verboden verkopen (*nr. 15*) hebben een positieve kant: de verkopen ten huize van de consumenten door de houder van door een ondernemingsloket verleende machtiging

⁹¹ Wet van 4 juli 2005 tot wijziging van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten, memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer* 2004-05, nr. 51-1534/001, 14-15.

⁹² Art. 10bis wet van 25 juni 1993.

⁹³ Cf. art. 9, lid 2, (2) Dienstenwet van 26 maart 2010, dat art. 10.4 richtlijn 2006/123/EG omzet.

⁹⁴ *“Wanneer in een lidstaat de afgifte van een vergunning voor een bepaalde activiteit tot de bevoegdheid van regionale of lokale overheden behoort, verplicht de richtlijn lidstaten niet om dit te wijzigen. Het enkele feit echter dat lokale of regionale overheden bevoegd zijn om vergunningen af te geven is op zichzelf geen geldige reden om een territoriale beperking van de geldigheid van de vergunningen te rechtvaardigen”* (eigen onderlijning) (EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 28).

zijn rechtstreeks toegelaten door de wet en de uitvoeringsbesluiten ervan indien deze verkopen betrekking hebben op producten of diensten die een totale waarde van 250 euro per consument niet overschrijden⁹⁵ en binnen bepaalde uren zijn afgesloten.⁹⁶ Zij ontsnappen m.a.w. in principe aan de machtiging van de gemeente (bijzondere administratieve politie), onverminderd echter de algemene administratieve politiebevoegdheid van de gemeente (nr. 7).

Ook de verkopen en de dienstverleningen die ten huize van de consument plaatsvinden, kunnen hieraan worden toegevoegd (zonder beperking wat het bedrag betreft), voor zover de consument voorafgaand en uitdrukkelijk om het bezoek van de verkoper gevraagd heeft, en onder bepaalde voorwaarden.⁹⁷

24. Volgens artikel 5, 4° van de wet van 25 juni 1993 valt “de verkoop van levensmiddelen door handelaars of hun aangestelden die door middel van ambulante winkels geregeld een vast cliënteel bedienen” buiten het toepassingsgebied van de wet. De parlementaire voorbereiding voegt eraan toe dat deze bepaling “speciaal op de ronden van melkboeren, bakkers, enz... slaat. De toepassing ervan sluit alle huis aan huis-prospectie uit”.⁹⁸

Moeten wij hieruit afleiden dat de betrokken marktcraters geen machtiging hoeven te bekomen? Het antwoord lijkt ontkennend te zijn: het verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten bepaalt dat marktcraters die niet op een tijdelijk vaste doch wel op een rondtrekkende wijze ambulante activiteiten uitoefenen op het openbaar domein (“zoals bijvoorbeeld de ijsverkoper die de straten doorkruist”⁹⁹) weliswaar vrijgesteld zijn van de machtiging van de gemeente (nr. 19) maar dat ze de machtiging van een ondernemingsloket moeten bekomen (nr. 17) en hun activiteiten aan een gemeentelijk reglement overeenkomstig de wet van 25 juni 1993 dienen te worden onderworpen.¹⁰⁰

Dit lijkt ons echter moeilijk te verzoenen met voornoemd artikel 5, 4°, want een ambulante activiteit kan niet tegelijkertijd aan het toepassingsgebied van de wet ontsnappen (art. 5, 4° van de wet van 25 juni 1993) en eraan onderworpen zijn (machtiging van het ondernemingsloket, gegrond op dezelfde wet).

h) Gemeentelijke verbodsbepalingen en rechtvaardigingen

25. De wet van 25 juni 1993 voorziet dat de uitoefening van ambulante activiteiten mag worden verboden of geweigerd “om redenen van openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument, zonder afbreuk te doen aan de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument noch aan de wet van 9 februari 1994

⁹⁵ Art. 4, § 1, lid 3 wet van 25 juni 1993. De drempel van 250 euro is hoger vastgesteld voor de verkoop van sommige producten (art. 3 KB betreffende de ambulante activiteiten).

⁹⁶ Art. 19 KB betreffende de ambulante activiteiten.

⁹⁷ Art. 5, 8° wet van 25 juni 1993.

⁹⁸ Wet van 25 juni 1993, memorie van toelichting, *Parl. St.* Senaat 1990-91, nr. 1417/001, 7.

⁹⁹ Verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, *BS* 29 september 2006, ed. 2, 50508. Te noteren valt echter dat indien een ambulante ijsverkoper dezelfde standplaats op de openbare weg wenst te bezetten (in een openbaar park, b.v.), hij in de praktijk de machtiging van de gemeente (een stationeervergunning) dient te bekomen (cf. *RvS*, nr. 206.877, 6 augustus 2010; *RvS*, nr. 211.291, 16 februari 2011). Dit zou betekenen dat er een onderscheid bestaat tussen de “ijsverkoper die rondwandelt” en de “ijsverkoper die bij tussenpozen rondwandelt” ...

¹⁰⁰ “De uitsluiting van de “rondreizende” ambulante activiteiten van de huidige afdeling verklaart zich door het feit dat zij geen specifieke problemen stellen en dat het bijgevolg niet nodig is gebleken om ze te omkaderen. Nochtans in overeenstemming met artikel 9, § 2, van de wet moet hun organisatie worden voorzien in het gemeentelijk reglement” (verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, *BS* 29 september 2006, ed. 2, 50508).

betreffende de veiligheid van producten en diensten".¹⁰¹

Deze bepaling en deze redenen liggen aan de basis van het verbieden van bepaalde categorieën van verkopen door de uitvoeringsbesluiten¹⁰² (nr. 15). Voor het overige komt het de *gemeente* toe, via het gemeentelijk reglement dan wel de weigering van een individuele machtiging, om de door de wet voorziene verbodsredenen toe te passen.¹⁰³ Deze verbodsredenen mogen o.i. ook worden ingeroepen door de gemeente indien ze een (algemeen of individueel) verbod wenst uit te spreken in het kader van haar administratieve politiebevoegdheden en wanneer ze beslist een machtiging in te trekken (nr. 31).

Laten we deze redenen nader onderzoeken.

26. Bovenvermelde wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken is thans afgeschaft en vervangen door de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming.¹⁰⁴ De bedoelde praktijken zijn in het onderhavige geval oneerlijke handelspraktijken, ongewenste communicaties of verkoop met verlies. Op het eerste gezicht hebben al deze praktijken eerder betrekking op de relatie tussen marktkramers en hun (sedentaire of ambulante) concurrenten of de consumenten, dan op de relatie tussen eerstgenoemden en de gemeente. De uitvoering van deze verbodsbepalingen behoort trouwens tot de bevoegdheid van de voorzitter van de rechtbank van koophandel, die de enige bevoegde instantie is inzake vorderingen tot staking.¹⁰⁵

Bovenvermelde wet van 9 februari 1994 betreffende de veiligheid van producten en diensten¹⁰⁶ heeft eerder betrekking op de producten of diensten zelf dan op hun aanbod tot verkoop in een ambulante context. Het is trouwens de federale overheid en de federale minister belast met de bescherming van de veiligheid van de consumenten die bevoegd zijn om tussen te komen in deze materie.¹⁰⁷ Een uitvoeringsbesluit van deze wet heeft precies betrekking op de uitbating van kermistoestellen.¹⁰⁸

27. De "*redenen van openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument*" worden niet door de wet omschreven.

De voorbereidende werken van de wet verlenen niet veel meer inzicht; een van de zeldzame interessante passages in dat opzicht bepaalt: "*De aan de gemeente verleende macht [om privémarkten toe te laten of te verbieden] strekt er bovendien toe de naleving te controleren van de regels inzake ruimtelijke ordening en urbanisme en tevens te waken over de openbare veiligheid, orde en rust*"¹⁰⁹ (eigen onderlijning).

Het KB betreffende de ambulante activiteiten verduidelijkt enigszins de "*redenen van openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument*" (eigen onderlijning):

¹⁰¹ Art. 6, § 1 wet van 25 juni 1993.

¹⁰² Cf. commentaren van art. 5 en 19 e.v. KB betreffende de ambulante activiteiten, in het verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten (BS 29 september 2006, ed. 2, 50492 en 50502 e.v.).

¹⁰³ Cf. art. 9 en 10bis wet van 25 juni 1993 en art. 7 KB betreffende de ambulante activiteiten.

¹⁰⁴ BS 12 april 2010.

¹⁰⁵ Cf. art. 2 wet van 6 april 2010 met betrekking tot de regeling van bepaalde procedures in het kader van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming (BS 12 april 2010).

¹⁰⁶ BS 1 april 1994.

¹⁰⁷ Cf. art. 4 e.v. wet van 9 februari 1994 betreffende de veiligheid van producten en diensten.

¹⁰⁸ KB van 18 juni 2003 betreffende de uitbating van kermistoestellen (BS 17 juli 2003).

¹⁰⁹ Wet van 4 juli 2005 tot wijziging van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten, memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1534/001, 16.

- de ambulante verkoop van geneesmiddelen, brillen en contactlenzen, edele metalen, juwelen, alsook wapens en munitie, is verboden omwille van redenen van volksgezondheid, bescherming van de consument en openbare veiligheid¹¹⁰;
- een bepaling van het KB betreffende de ambulante activiteiten en verschillende passages van het verslag aan de Koning van dat besluit bepalen dat een machtiging geweigerd en een ambulante activiteit verboden mag worden “voor redenen van openbare orde, veiligheid, gezondheid en rust”.¹¹¹

Deze enkele aanwijzingen bevestigen dat de begrippen “openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument” in de zin van de wet van 25 juni 1993 tegelijkertijd verwijzen naar de algemene administratieve politiebevoegdheid van de gemeente op grond van artikel 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet (openbare veiligheid, gezondheid en rust – nr. 7) en naar redenen die vreemd zijn aan het handhaven van de materiële openbare orde (bescherming van de consument; ruimtelijke ordening en urbanisme).¹¹² Deze gedeeltelijke overlapping met een bevoegdheid toegekend door de Nieuwe Gemeentewet weerspiegelt de wil van de wetgever (van 1993 en van 2005) om de gemeentelijke autonomie te behouden bij de wettelijke regeling van de ambulante handel.¹¹³ Deze overlapping versterkt bovendien de (algemene) administratieve politiebevoegdheid van de gemeente, door deze bevoegdheid een ruimere reikwijdte toe te kennen in het kader van de bijzondere administratieve politie bepaald door de wet van 25 juni 1993.

II.D. Uitoefeningsmodaliteiten van de (algemene of bijzondere) administratieve politiebevoegdheid

a) Bevoegde gemeentelijke organen

28. Onder de maatregelen die kunnen worden genomen door de gemeente vermeldt de wet van 25 juni 1993 enkel het gemeentelijk reglement¹¹⁴ of de weigering om een machtiging af te geven¹¹⁵ (in dit laatste geval zonder vermelding van de bevoegde overheid). De wet heeft geen invloed op de door andere wetten of gewestelijke decreten aan de gemeentelijke organen toegekende normatieve bevoegdheden.

¹¹⁰ Art. 5 KB betreffende de ambulante activiteiten en verslag aan de Koning van KB betreffende de ambulante activiteiten (commentaar betreffende art. 5) (BS 29 september 2006, ed. 2, 50492).

¹¹¹ Cf. art. 7, § 4 KB betreffende de ambulante activiteiten en verslag aan de Koning van KB betreffende de ambulante activiteiten (commentaar van art. 5, 7 en 43, alsook commentaar van afdeling II van Hoofdstuk II van het KB, BS 29 september 2006, ed. 2, 50492 e.v.).

¹¹² Cf. P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, v° *Police administrative*, Brussel, Bruylant, 2006, 195.

¹¹³ Cf. wet van 25 juni 1993, verslag van de Commissie voor de Landbouw en de Middenstand, *Parl. St.* Senaat 1991-92, buitengew. zitting, nr. 305/2, 12 (“... merkt de Minister op dat, wat de organisatie van de openbare markten betreft, de bepalingen ... van het ontwerp geenszins raken aan de bevoegdheid van de gemeenten inzake de oprichting, de afschaffing, de verplaatsing en de organisatie van een openbare markt. Het beginsel van de gemeentelijke autonomie wordt volledig gevestigd: het is niet de taak van de uitvoerende macht te beslissen over de oprichting van markten”) en verslag aan de Koning van KB betreffende de ambulante activiteiten, BS 29 september 2006, ed. 2, 50488-50589 (dat benadrukt dat de wet van 4 juli 2005 drie doelstellingen had, waaronder “de beheersing van de ambulante activiteiten op haar openbaar domein teruggeven aan de gemeente en hun de middelen aanbieden om zich te voorzien van een netwerk van buurtwinkels die het aanbod van de gevestigde handel aanvult (...) De derde doelstelling van de wet verleent de gemeente de organisatie van de ambulante handel op haar openbaar domein. Zij stelt zodoende een einde aan de ontwikkeling van “wilde” activiteiten in enkele gemeenten en aan het algemeen verbod van de ambulante handel in andere”).

¹¹⁴ Art. 8, 9 en 10bis wet van 25 juni 1993.

¹¹⁵ Art. 9, § 4 wet van 25 juni 1993.

Op grond van deze normatieve bevoegdheden en de algemene administratieve politiebevoegdheid bepaald in artikel 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet (*nr. 7*) is de *gemeenteraad* bevoegd voor het goedkeuren van politiereglementen (of -verordeningen)¹¹⁶ die in voorkomend geval administratieve sancties kunnen opleggen.¹¹⁷ De *burgemeester* is zijnerzijds belast met het uitvoeren van politienormen¹¹⁸; daarom gaat men ervan uit dat hij ook beschikt over een normatieve bevoegdheid in dat kader, zelfs bij gebrek aan gemeentelijk reglement.¹¹⁹ Het *college van burgemeester en schepenen* heeft bovendien de bevoegdheid om een door de gemeente afgegeven vergunning in te trekken.¹²⁰

De bevoegde overheid voor de toekenning van de vergunning voor de privaatieve ingebruikneming van een gedeelte van de gemeentelijke openbare ruimte hangt van het toegepaste criterium af (onderscheid tussen stationeervergunning en wegvergunning; onderscheid tussen beheer van het openbaar domein en politiebevoegdheden), wat tot een juridische onzekerheid leidt (*nr. 5*). In functie van het in aanmerking genomen criterium alsook van de concrete omstandigheden van het geval (bv. weigering of intrekking) is het de burgemeester dan wel het college van burgemeester en schepenen die/dat bevoegd is om namens de gemeente een individuele machtiging in de zin van de wet van 25 juni 1993 te verlenen. In de mate dat de wet van 25 juni 1993 de gemeente een politiebevoegdheid toekent (*nr. 19*), zou men kunnen stellen dat de krachtens deze wet genomen beslissingen politimaatregelen zijn en dat ze het beheer van het openbaar domein niet betreffen; ze zouden dan tot de bevoegdheid van de burgemeester behoren. Deze vraag is echter nog niet beslecht door de rechtspraak.

29. De wet van 25 juni 1993 vereist de goedkeuring van een gemeentelijk reglement over ambulante handel uitgeoefend op een tijdelijk vaste wijze op het openbaar domein.¹²¹ Het ontwerp ervan dient voor advies te worden overgemaakt aan de minister tot wiens bevoegdheid de Middenstand behoort.¹²²

De wettelijke tekst bevat geen bepalingen bij ontstentenis van een dergelijk reglement. Het verslag aan de Koning van de twee belangrijkste uitvoeringsbesluiten bepaalt echter dat in dat geval “*de ambulante handel toegelaten [is] op de totaliteit van het gemeentelijke openbaar domein. De uitoefening kan evenwel geweigerd worden (...) voor motieven van openbare orde, openbare veiligheid, openbare gezondheid, openbare rust en de bescherming van de consument*”.¹²³ Deze (verbods-, intrekings- en) weigeringsmacht komt, overeenkomstig de hierboven vermelde normatieve

¹¹⁶ Art. 119 Nieuwe Gemeentewet; art. 42, § 3 Gemeentedecreet; art. L-1122-32 *Code de la démocratie locale et de la décentralisation*.

¹¹⁷ Art. 119bis Nieuwe Gemeentewet; art. L-1122-33 *Code de la démocratie locale et de la décentralisation*.

¹¹⁸ Art. 133, lid 2 (en art. 134 tot 134quater) Nieuwe Gemeentewet; art. L-1123-29 *Code de la démocratie locale et de la décentralisation*; art. 64, § 1 Gemeentedecreet.

¹¹⁹ P. DE SOMERE, J. DUJARDIN, G. VAN HAEGENBORGH, K. VANWINCKELEN en B. WEEKERS, *Burgemeester. Bevoegdheden*, Brugge, Die Keure, 2005, nr. 32, p. 27. Over het algemeen of individueel karakter van de politienormen die goedgekeurd kunnen worden, cf. F. LAMBOTTE, M. MULLER en V. RAMELOT, “Les pouvoirs de police des communes”, *Rev.dr.commun.* 2004, 61 en 71 e.v.

¹²⁰ Art. 119bis, § 2, lid 2, 1° en lid 5 Nieuwe Gemeentewet (college) en art. 134ter Nieuwe Gemeentewet (burgemeester).

¹²¹ Art. 8 tot 10bis wet van 25 juni 1993. Cf. ook *nr. 24*.

¹²² Art. 10, § 2 en art. 1, 6° wet van 25 juni 1993.

¹²³ Verslag aan de Koning van het KB betreffende de ambulante activiteiten, dat verwijst naar art. 9, § 2 wet van 25 juni 1993 (dat het verslag “*volledige omkadering*” benoemt) en naar art. 9, § 4 wet van 25 juni 1993 (dat het verslag kwalificeert als een machtiging “*geval per geval*”) (BS 29 september 2006, ed. 2, 50508).

bevoegdheid inzake politie (*nr. 28*), toe aan de gemeenteraad, aan het college van burgemeester en schepenen en aan de burgemeester.¹²⁴

Indien een gemeentelijk reglement betreffende de ambulante handel werd goedgekeurd en geen individuele afwijkingsbevoegdheid aan de burgemeester toekent, beschikt deze o.i. toch over een dergelijke bevoegdheid indien het handhaven van de openbare orde zulks vereist. Een gemeentelijk reglement zou immers de administratieve politiebevoegdheid die de burgemeester op grond van artikel 133 van de Nieuwe Gemeentewet (*nr. 28*) en artikel 9, § 4 van de wet van 25 juni 1993 heeft verkregen, niet kunnen wegnemen. In voorkomend geval zal een dergelijke afwijking (die per hypothese overeenkomstig de wet is, doch door het gemeentelijk reglement niet zal zijn toegelaten) echter slechts uitzonderlijk kunnen zijn en in de mate van het mogelijke beperkt in de tijd en in de ruimte.

b) Formele motiveringsplicht

30. Aangezien het gemeentelijk reglement geen eenzijdige rechtshandeling is, is het niet onderworpen aan de motiveringsplicht van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.¹²⁵ De individuele beslissing van het college van burgemeester en schepenen en van de burgemeester die de uitoefening van de activiteit van een marktkramer of een foorreiziger toestaat of weigert of die de gemeentelijke vergunning intrekt, is integendeel wel onderworpen aan deze verplichting.¹²⁶

De uitdrukkelijke (of formele) motiveringsplicht vereist met name dat de rechtsgrond van de beslissing wordt vermeld.¹²⁷ De Raad van State kijkt na of de gemeente, in geval van cumulatieve toepassing van de algemene en bijzondere administratieve bevoegdheden, deze niet met elkaar verwart.¹²⁸ M.a.w., in geval van uitoefening van de bijzondere administratieve bevoegdheid toevertrouwd aan de gemeente door de wet van 25 juni 1993, is het aan te raden om tegelijkertijd de algemene administratieve politiebevoegdheid (en art. 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet¹²⁹) slechts toe te passen voor de aspecten die niet geregeld worden zijn door de wet van 25 juni 1993.¹³⁰ Het door

¹²⁴ Voor een gelijkaardige redenering onder het regime van vóór de wet van 25 juni 1993, cf.: Cass. 15 oktober 1985, *Arr.Cass.* 1985-96, 196; *RW* 1985-86, 1791; *Pas.* 1986, I, 171: "Hoewel in overeenstemming met het koninklijk besluit van 28 november 1939 houdende reglementering van de leurhandel, de gemeenteraden niet meer bevoegd zijn om de leurhandel als dusdanig te reglementeren, behouden zij niettemin het recht en de verplichting om, op grond van hun politionele bevoegdheden, in verband met de uitoefening van die handel, verordeningen uit te vaardigen om de openbare orde en rust en de veiligheid van het verkeer te handhaven".

¹²⁵ Art. 1 en 2 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, *a contrario*.

¹²⁶ F. LAMBOTTE, M. MULLER en V. RAMELOT, "Les pouvoirs de police des communes", *Rev.dr.commun.* 2004, 89-91.

¹²⁷ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 18^e druk, Mechelen, Kluwer, 2009, nr. 807, p. 721, die verwijzen naar RvS, nr. 43.836, 29 juli 1993; X. DELGRANGE en B. LOMBAERT, "La loi du 29 juli 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs: questions d'actualité", in P. JADOUL en S. VAN DROOGHENBROECK (eds.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Brugge, Die Keure, 2005, nr. 46, p. 41-42; I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure, 1999, nr. 174-176, p. 139-142 (die benadrukken dat het vermelden van de titel van de toepasselijke norm niet volstaat; de vermelding van de toepasselijke bepaling(en) wordt vereist).

¹²⁸ Cf. RvS, nr. 139.837, 26 januari 2005; RvS, nr. 159.613, 6 juni 2006.

¹²⁹ Het gaat in het onderhavige geval om een concrete toepassing van art. 135, § 2 Nieuwe Gemeentewet. Deze bepaling en de interpretatie van de gemeentelijke openbare orde die eruit voortvloeit, kunnen o.i. nuttig zijn voor de toepassing van de bijzondere administratieve politiebevoegdheid voorzien door de wet van 25 juni 1993 (*nr. 27*).

¹³⁰ Over "conflict/samenloop van politiebevoegdheden" cf. met name: M. PÂQUES, "Articulation de la police administrative générale communale et des polices spéciales de l'urbanisme et de l'environnement", in *Communes et Région: quel partenariat pour le XXI^e siècle?*, UVCW, 1999, 169-186; Ph. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Brussel, De Boeck, 2002, 124-125; M. QUINTIN, "Quelques réflexions au sujet des liens entre la protection du

beide normen bedoelde begrip “handhaven van openbare orde” heeft o.i. evenwel gedeeltelijk dezelfde betekenis (*nr. 27*), wat ons inziens een zekere soepelheid van de Raad van State lijkt te rechtvaardigen in het nakijken of de rechtsgrond in het instrumentum correct is.

c) Materiële motiveringsplicht

31. De wet van 25 juni 1993 vereist letterlijk gezien enkel het invoeren van redenen van “openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument” indien de gemeente de uitoefening van een ambulante handel buiten de gemeentelijke markt weigert¹³¹, terwijl dit niet vereist wordt wanneer een marktkramer geen machtiging krijgt om zijn activiteiten uit te oefenen binnen de gemeentelijke markt.¹³² Bovendien vermeldt de wet noch het (algemene of individuele) verbod om ambulante activiteiten uit te oefenen binnen of buiten de gemeentelijke markt, noch de mogelijke intrekking van de door de gemeente afgegeven vergunning.¹³³ De gemeente beschikt echter over een dergelijke mogelijkheid in het kader van haar administratieve politiebevoegdheid.

De *ratio legis* van de wet van 25 juni 1993 (evenwicht tussen de administratieve politie van de gemeente en vrijheid van handel van marktkramers en fooreizigers) alsook de plicht om een belemmering van het vrij verkeer te rechtvaardigen (cf. *afdelingen III en IV*) hebben o.i. als gevolg dat de redenen van “openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument” (of op zijn minst de dwingende redenen van algemeen belang aanvaard door het Hof van Justitie – *nr. 58*) moeten worden ingeroepen van zodra de uitoefening van een ambulante activiteit door de gemeenteraad, het college van de burgemeester en schepenen of de burgemeester wordt verboden, geweigerd, opgeheven of beperkt. De wet van 25 juni 1993 en het Europees recht leggen bijgevolg een *materiële motiveringsplicht* op. Te noteren valt bovendien dat ze deze plicht nader bepalen dan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, aangezien ze de toegelaten redenen voor de tussenkomst van het bestuur beperken.

De door de wet van 25 juni 1993 (en door artikel 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet) bedoelde redenen van openbare orde kunnen immers worden gelezen als de internrechtelijke weerspiegeling van de “dwingende redenen van algemeen belang” van het Hof van Justitie (*nr. 60*).

d) Verplichting tot oproep tot mededinging

32. De wet van 25 juni 1993 en de uitvoeringsbesluiten ervan voorzien in een procedure tot toewijzing van de standplaatsen gelegen op het openbaar domein.¹³⁴ De standplaatsen van een wekelijkse markt mogen met name per abonnement of van dag tot dag worden toegewezen.¹³⁵ In het

patrimoine immobilier, la police de l'urbanisme et de l'aménagement du territoire et d'autres polices administratives”, *Amén.*, 2006 (speciaal nr.), nr. 7-9, p. 23-26; M. VON KUEGELGEN en R. VAN MELSEN, “Contours de la compétence régionale dans le domaine de la police des établissements dangereux, incommodes ou insalubres”, *APT* 2007, 189-196.

¹³¹ Art. 9, § 4 en art. 10bis wet van 25 juni 1993.

¹³² Art. 8 wet van 25 juni 1993 omvat geen verwijzing naar art. 6 van dezelfde wet.

¹³³ We benadrukken nogmaals dat de wet enkel het “weigeren van machtiging” vermeldt, een hypothese die moet worden onderscheiden van het “verbod” alsook van de “intrekking”. Een verbod verhindert onmiddellijk elke poging tot aanvraag van een machtiging; een intrekking slaat op een bestaande machtiging. De enige hypothese van intrekking die uitdrukkelijk door de wet voorzien wordt, is de intrekking door de minister voor Middenstand (art. 14 wet 25 juni 1993).

¹³⁴ Art. 10, § 1 wet van 25 juni 1993; art. 23 e.v. en art. 38 e.v. KB betreffende de ambulante activiteiten; art. 8 e.v. en art. 19 e.v. KB betreffende de kermisactiviteiten.

¹³⁵ Art. 23 en art. 38 KB betreffende de ambulante activiteiten. Wat de kermisactiviteiten betreft mag de standplaats per abonnement of voor de duur van de kermis worden toegewezen (art. 8 KB betreffende de kermisactiviteiten). Publiciteitsmaatregelen worden voorzien wanneer een abonnement vrijkomt (art. 28 KB betreffende de ambulante activiteiten; art. 13 KB betreffende de kermisactiviteiten)

laatste geval worden de standplaatsen in chronologische volgorde van aankomst op de markt of door loting toegewezen.¹³⁶ De regelgeving somt de toewijzingscriteria van de abonnementen op.¹³⁷

Dit aspect van het internrechtelijke regime sluit aan bij de algemene verplichting tot oproep tot mededinging van het primair Europees recht (*nr. 52*), die trouwens wordt herhaald in richtlijn 2006/123/EG (*nr. 69*). De overeenstemming van dit regime met het Europees recht hangt echter van een onderzoek van de concrete modaliteiten voorzien door het gemeentelijk reglement af.

II.E. Besluit over het intern Belgisch recht

33. De wet van 25 juni 1993 onderwerpt de uitoefening van ambulante handel aan een tweeledig vergunningstelsel: een door een ondernemingsloket verleende machtiging en een door de gemeente in het kader van haar bijzondere administratieve politiebevoegdheid verleende machtiging.

De wet van 25 juni 1993 en de uitvoeringsbesluiten ervan staan het de houder van een door een ondernemingsloket verleende machtiging in het algemeen toe bepaalde verkopen *zonder gemeentelijke machtiging* te verwezenlijken. Het gaat onder andere om (i) de verkopen ten huize van de consumenten van producten en diensten voor een totale waarde die 250 euro per consument niet mag overschrijden¹³⁸ en (ii) de op een rondtrekkende wijze verwezenlijkte ambulante verkopen.¹³⁹ Voor het overige moet de ambulante handel die vanop een tijdelijke vaste standplaats wordt uitgeoefend, door de gemeente worden toegelaten.¹⁴⁰

34. Bijgevolg mag de gemeente de uitoefening van ambulante handel uitgeoefend vanop een tijdelijke vaste standplaats op het gemeentelijke openbaar domein als volgt regelen:

- a) hetzij via een zuiver verbod van ambulante activiteiten, dat voor iedereen, blijvend en op het ganse grondgebied van de gemeente van toepassing is ("*totaal verbod*");
- b) hetzij via een verbod dat voor iedereen, blijvend en op het ganse grondgebied van de gemeente van toepassing is, doch slechts betrekking heeft op de uitoefening van ambulante activiteiten (i) buiten bepaalde periodes (bv. van 's maandags tot 's zaterdags) en/of (ii) buiten bepaalde zones (bv. handelswijk, centrum van de stad) en/of (iii) buiten de (periodieke) gemeentelijke markt ("*activiteitenverbod buiten de markt*"); en
- c) hetzij via een verbod om deze activiteiten uit te voeren zonder gemeentelijke machtiging. Deze maatregel beperkt het aantal marktkramers op het grondgebied van de betrokken gemeente, aangezien ze de niet-houders van een machtiging uitsluit, d.w.z. diegenen die de vereiste administratieve formaliteiten niet vervullen en/of er niet in slagen om aan te tonen dat ze de voorwaarden vervullen ("*voorafgaand vergunningstelsel*"). De redenering van toepassing op de door het ondernemingsloket verleende machtiging is dezelfde.

¹³⁶ Art. 27 KB betreffende de ambulante activiteiten.

¹³⁷ Art. 29, lid 3 en art. 31 KB betreffende de ambulante activiteiten (chronologische volgorde; voorrang voor bepaalde categorieën; loting). Wat de kermis betreft, zijn de toewijzingscriteria dezelfde als de toewijzingscriteria van een standplaats voor de duur van de kermis (art. 15, §§ 2 en 3 KB betreffende de kermisactiviteiten: aard van de attractie of van de vestiging, enz.).

¹³⁸ Art. 4, § 1, lid 3 wet van 25 juni 1993. De drempel van 250 euro is hoger voor de verkoop van sommige producten (art. 3 KB betreffende de ambulante activiteiten).

¹³⁹ Art. 5, 4° wet van 25 juni 1993 en verslag aan de Koning van KB betreffende de ambulante activiteiten, *BS* 29 september 2006, ed. 2, 50508.

¹⁴⁰ Art. 8 tot 10bis wet van 25 juni 1993.

Al deze maatregelen kunnen worden aangepast (bv. afwijking voor een braderie, een buurtfeest, enz.) en kunnen worden gecombineerd (voorafgaand vergunningstelsel + activiteitenverbod buiten de markt), maar ze omvatten een ruime waaier aan gemeentelijke interventiemogelijkheden.

Wel dienen al deze maatregelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (het evenredigheidsbeginsel daarin begrepen) in acht te nemen. Ze dienen bovendien gerechtvaardigd te zijn om redenen van “*openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument*” overeenkomstig de wet van 25 juni 1993. Sommige van deze redenen vallen samen met de algemene administratieve politiebevoegdheid van de gemeente op grond van artikel 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet.

De overeenstemming van deze maatregelen en diens rechtvaardiging ten opzichte van het Europees recht wordt hieronder nader onderzocht (*afdelingen III en IV*).

III. PRIMAIR EUROPEES RECHT: VRIJ VERKEER VAN GOEDEREN EN DIENSTEN

35. Om toegepast te kunnen worden, vereist het Europees recht dat de handel tussen de lidstaten door de betrokken nationale maatregel belemmerd wordt. Het Hof van Justitie aanvaardt soms dat dit grensoverschrijdende element slechts potentieel kan zijn.¹⁴¹ Gelet op de aard zelf van de ambulante handel mag men er bijgevolg van uitgaan dat deze toepassingsvoorwaarde van het Europees recht meestal vervuld zal zijn. Bovendien neemt de Dienstenwet van 26 maart 2010, die de richtlijn 2006/123/EG in het Belgisch recht omzet (die zichzelf voorstelt als de bevestiging van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vrij verkeer¹⁴²), deze voorwaarde niet over. Onder voorbehoud van een onderzoek *in concreto* en in het kader van deze bijdrage zullen we dan veronderstellen dat het – primair en afgeleid – Europees recht van toepassing is op de hierboven genoemde maatregelen (*nr. 34*).

Om te bepalen hoe het primair Europees recht deze maatregelen regelt, is het echter onontbeerlijk om te weten of de ambulante handel onder de regels van het vrij verkeer van goederen dan wel het vrij verkeer van diensten valt (*III.A*). Daarna moet worden geanalyseerd of de onderzochte maatregelen verboden belemmeringen uitmaken of onder de “vrijstelling” van de Keck-rechtspraak vallen (*III.B*). Wat de verboden belemmeringen betreft wordt hun eventuele rechtvaardiging en ten slotte de mogelijkheid het verbod te ontwijken, verder onderzocht (*III.C*).

III.A. Kwalificering van de ambulante handelsactiviteiten in het Europees materieel recht

36. De ambulante handel omvat zowel de verkoop van *goederen* – levensmiddelen en non-foodproducten – als de verkoop van *diensten* (*nr. 1* en *nr. 14*). Bijvoorbeeld is het “verkochte product” in geval van attracties of spelen aangeboden op een kermis voornamelijk de spelactiviteit zelf. Zo wordt aan de spelers van schietstanden, loterijen of eendjeskramen in eerste instantie een dienst aangeboden (namelijk de mogelijkheid om de spelinfrastructuur te gebruiken); de prijs die de speler eventueel wint is slechts een bijkomend element ten opzichte van de hoofdprestatie.

¹⁴¹ HvJ 7 mei 1997, *Pistre e.a.*, gev. zaken C-321/94 t.e.m. C-324/94, *Jur.* 1997, p. I-02343, punten 44-45; HvJ 5 december 2000, *Guimont*, C-448/98, *Jur.* 2000, p. I-10663, punten 21-22; HvJ 24 maart 2004, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH*, C-71/02, *Jur.* 2004, p. I-03025, punten 19-21.

¹⁴² Overwegingen nr. 23, 34, 37, 40, 41, 56, 69, 71, 77, 79, 82 en 89 van richtlijn 2006/123/EG. Cf. ook: EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, waarin de Commissie naar tal van arresten van het Hof van Justitie verwijst om de richtlijn 2006/123/EG uit te leggen.

De rechtsleer en de rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigen dit onderscheid: ieder in geld waardeerbaar product dat het voorwerp kan uitmaken van handelstransacties, valt onder het vrij verkeer van goederen.¹⁴³ Zo kan “*het bestaan van een materiële drager de kwalificatie van goed met zich meebrengen, zelfs indien de transactie volgens het nationaal contractenrecht als een dienst wordt beschouwd*.”¹⁴⁴ De uitzending van films op een materiële drager (DVD) valt bijvoorbeeld onder het vrij verkeer van goederen, terwijl de uitzending ervan via de televisie onder het vrij verkeer van diensten valt.¹⁴⁵ Indien de levering van producten bovendien slechts ondergeschikt is aan de geleverde dienst, valt deze volkomen (met inbegrip van de ondergeschikte producten) onder het vrij verkeer van diensten.¹⁴⁶

Zo werden de volgende situaties als een uitoefening van het vrij verkeer van *goederen* beschouwd:

- de ambulante verkoop door bakkers, slaggers en handelaren in levensmiddelen¹⁴⁷;
- de verkoop van producten zoals bedoeld in de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten.¹⁴⁸

De volgende situaties werden als een uitoefening van het vrij verkeer van *diensten* beschouwd:

- de organisatie van een loterij, met dien verstande dat de levering van loterijbriefjes of van andere dragers als ondergeschikt werd beschouwd¹⁴⁹;
- de exploitatie van kans- of gokautomaten (“speelautomaten”).¹⁵⁰

37. De ambulante handel – hier ruim opgevat (t.t.z. met inbegrip van de activiteit van de foorreiziger) – hangt m.a.w. potentieel van (ten minste) *twee* vrijheden van verkeer af.

Volgens het Hof van Justitie is het echter “*vaste rechtspraak dat wanneer een nationale maatregel zowel het vrij verkeer van goederen als de vrijheid van dienstverrichting beperkt, het Hof de maatregel*

¹⁴³ HvJ 10 december 1968, *Commissie t. Italië*, 7/68, *Jur.* 1968, p. 617. Vaste rechtspraak, doch de toepassing ervan ligt niet altijd voor de hand, cf. bijvoorbeeld: HvJ 21 oktober 1999, *Jägerskiöld*, C-97/98, *Jur.* 1999, p. I-7321 (arrest beschouwd als “twijfelachtig” door M. FALLON, *Droit matériel général de l’Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, 109, terwijl datzelfde arrest door J.P. KEPPELNE niet als een verrassing wordt beschouwd (en dus in overeenstemming met de bestaande rechtspraak van het Hof), “La libre circulation des marchandises (september 1999 - augustus 2000)”, *JTDE* 2000, 211).

¹⁴⁴ M. FALLON, *Droit matériel général de l’Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, 167.

¹⁴⁵ HvJ 30 april 1974, *Sacchi*, 155/73, *Jur.* 1974, p. 409, punten 6 en 7 (“(...) *Dat hieruit volgt dat de uitzending van televisieberichten, met inbegrip van reclameberichten, als zodanig onder de verdragsregels inzake het verrichten van diensten valt; Overwegende daarentegen dat het handelsverkeer in alle materialen, geluidsdragers, films en andere voor de uitzending van televisieberichten gebruikte producten, aan de regels betreffende het vrij verkeer van goederen is onderworpen*”); HvJ 11 juli 1985, *Cinéthèque*, gev. zaken 60/84 en 61/84, *Jur.* 1985, p. 2605 (het verkopen van films op dragers – videotapes – valt onder het vrij verkeer van goederen, en niet onder het vrij verrichten van diensten).

¹⁴⁶ M. FALLON, *Droit matériel général de l’Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, p. 169; L.W. GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, nr. 11.03, p. 400 met verwijzing naar de relevante rechtspraak.

¹⁴⁷ HvJ 13 januari 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Jur.* 2000, p. I-00151.

¹⁴⁸ HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133. Deze wet werd hierboven (nr. 12) besproken en had toen enkel betrekking op de ambulante verkoop van goederen. De ambulante verkoop van diensten werd pas later toegevoegd door de wet van 4 juli 2005 tot wijziging van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten.

¹⁴⁹ HvJ 24 maart 1994, *Schindler*, C-275/92, *Jur.* 1994, p. I-01039.

¹⁵⁰ HvJ 11 september 2003, *Anomar*, C-6/01. *Jur.* 2003, p. I-08621.

in beginsel slechts onderzoekt ten aanzien van één van deze twee vrijheden, indien blijkt dat één van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden.¹⁵¹ Wanneer integendeel geen enkele kwalificatie doorslaggevend is, onderzoekt het Hof de betrokken nationale maatregel in het licht van beide vrijheden.¹⁵²

Het onderscheid “goed/dienst” stemt niet overeen met het onderscheid “markt/kermis”: levensmiddelen (goederen) worden vaak verkocht op de kermis; telefoonabonnementen (diensten) worden soms verkocht op een wekelijkse markt. Er kan echter worden aangenomen dat, in hun geheel beschouwd, de *wekelijkse markt* er hoofdzakelijk op gericht is om de verkoop van *goederen* (levensmiddelen of non-foodproducten) te organiseren, terwijl de *kermis* voornamelijk de verkoop van diensten (kermisattracties en -spelen) beoogt. Vanuit deze invalshoek zou de wekelijkse markt onder het vrij verkeer van goederen vallen en de kermis onder het vrij verkeer van diensten – onder voorbehoud van een nader onderzoek per specifiek geval, dat tot een cumulatieve toepassing van beide vrijheden zou leiden.

Deze benadering lijkt nogal precair; laten we een maatregel die van toepassing is op een kermis, als voorbeeld nemen. Een persoon die een activiteit van kermisgastronomie in de zin van de wet van 25 juni 1993 uitoefent (en bijgevolg levensmiddelen verkoopt, d.w.z. *goederen*) stelt dat zijn rechten uit het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie door deze maatregel geschonden worden. Indien de bevoegde rechter slechts met de persoonlijke situatie van die persoon rekening houdt, zal hij per hypothese de regels van het vrij verkeer van goederen moeten toepassen. Indien echter de rechter de betwiste maatregel in diens toepassing op de hele kermis (waar vooral *diensten* worden verricht) analyseert, zal hij de regels van het vrij verkeer van diensten moeten toepassen. Het is bijgevolg aan te raden om beide vrijheden cumulatief toe te passen.

III.B Verbod van belemmeringen van vrij verkeer

a) Rechtsgronden en principe

38. Wat het vrij verkeer van *goederen* betreft, verbiedt het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie onder andere “*iedere maatregel van gelijke werking*” als kwantitatieve invoerbepalingen (art. 34 VwEU – oud art. 28 VEG). Het Hof van Justitie omschrijft deze maatregelen als “*iedere regeling ... die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren*”.¹⁵³ Deze ruime opvatting van de belemmeringen werd toegepast op:

- discriminerende maatregelen, die tot doel of tot gevolg hebben producten uit andere lidstaten minder gunstig te behandelen (*rechtstreekse of juridische discriminaties*)¹⁵⁴;
- maatregelen die zonder onderscheid op nationale en ingevoerde producten van toepassing zijn, doch waarvan het naleven eigenlijk moeilijker is voor de buitenlandse fabrikant dan voor de nationale fabrikant (in het bijzonder omdat de maatregel van de ontvangende lidstaat in

¹⁵¹ HvJ 24 maart 1994, *Schindler*, C 275/92, *Jur.* 1994, p. I-1039, punt 22; HvJ 22 januari 2002, *Canal Satélite*, C-390/99, *Jur.* 2002, p. I-607, punt 31; HvJ 25 maart 2004, *Karner*, C-71/02, *Jur.* 2004, p. I-3025, punt 46; HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punt 35.

¹⁵² C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3^e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 34 en 356-357; M. FALLON, *Droit matériel général de l’Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, p. 168-169.

¹⁵³ HvJ 11 juli 1974, *Dassonville*, 8/74, *Jur.* 1974, p. 837.

¹⁵⁴ C. BARNARD, *o.c.*, p. 80 e.v., die bijvoorbeeld verwijst naar het geval van een nationale maatregel die de publiciteit voor buitenlandse producten doch niet voor nationale producten verbiedt (p. 81). In ons geval zou het verbod voor iedere marktkramer om producten van andere lidstaten te verkopen een dergelijke discriminatie uitmaken.

strijd is met een vergelijkbare maatregel van de lidstaten van oorsprong of deze overlapt (*onrechtstreekse of feitelijke discriminaties*)¹⁵⁵; en

- maatregelen die de toegang tot de markt van een lidstaat beperken (of opheffen) voor producten uit andere lidstaten (*criteria van de markttoegang*).¹⁵⁶

Het Hof van Justitie vatte deze drievoudige categorisering van het begrip “belemmering” recent samen in een arrest.¹⁵⁷

39. Bovendien verbiedt het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie beperkingen op het vrij verrichten van *diensten* (art. 56 VwEU – oud art. 49 VEG). Het Hof gebruikt ook het begrip belemmering in het kader van het vrij verkeer van diensten en heeft dit in gelijkaardige termen geanalyseerd als die van belemmering van het vrij verkeer van goederen¹⁵⁸: zo heeft het Hof naar bovengenoemde criteria van (rechtstreekse en onrechtstreekse) discriminatie en markttoegang verwezen om te besluiten dat er een belemmering bestaat (met een voorkeur voor het criterium van de markttoegang).¹⁵⁹

b) Uitzondering: verkoopmodaliteiten (Keck-rechtspraak)

40. De definitie van belemmering van het vrij verkeer van goederen en diensten is zeer ruim opgevat, zeker als men het criterium van de markttoegang gebruikt. In het licht van dit criterium belemmert immers nagenoeg elke regelgeving het vrij verkeer op de een of andere manier”.¹⁶⁰

Deze vaststelling heeft het Hof van Justitie ertoe gebracht om zijn rechtspraak te nuanceren en van het begrip van belemmering van het vrij verkeer van *goederen* de “*nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden*” uit te sluiten¹⁶¹ – uitzondering van de “*Keck-rechtspraak*”, die aan een dubbele voorwaarde is onderworpen (cf. hieronder). Zo heeft het Hof “*bepalingen die met name betrekking hebben op de plaats en het tijdstip van de verkoop van bepaalde producten, alsmede op de reclame voor deze producten en op bepaalde methoden voor het op de markt brengen*” gekwalificeerd als bepalingen inzake “*verkoopmodaliteiten*”.¹⁶²

¹⁵⁵ C. BARNARD, *o.c.*, p. 90 e.v., die bij wijze van voorbeeld verwijst naar de verplichting om een bepaald product te verkopen in een vorm of verpakking die verschillend is van de lidstaat van oorsprong. Deze verplichting is weliswaar van toepassing op alle fabrikanten van het betrokken product, ongeacht of ze in de betrokken lidstaat gevestigd zijn of niet, maar ze dwingt de fabrikanten van andere lidstaten om hun verpakking specifiek voor de betrokken lidstaat te herzien, wat voor hen bijkomende kosten met zich brengt (p. 106).

¹⁵⁶ C. BARNARD, *o.c.*, p. 19 en 103 e.v.; A.-L. SIBONY en A. DEFOSSEZ, “*Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services*”, *R.T.D.eur.* 2010, 129 e.v.

¹⁵⁷ HvJ (grote kamer) 10 februari 2009, *Commissie t. Italië*, C-110/05, *Jur.* 2009, p. I-00519, punten 34 à 37 – tenminste volgens M. FALLON en D. MARTIN, “*Dessine-moi une discrimination ...*”, *JDE* 2010, 169. Cf. ook: A.-L. SIBONY en A. DEFOSSEZ, *o.c.*, *R.T.D.eur.* 2010, 129 e.v.

¹⁵⁸ M. FALLON, *Droit matériel général de l’Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, 169.

¹⁵⁹ C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3^e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, 19 en 377 e.v.

¹⁶⁰ T. HEREMANS en B. DE MEESTER, “*Vrij dienstenverkeer in de EG en de WTO: een stand van zaken*”, *RW* 2008-09, nr. 31, p. 779; C. BARNARD, *o.c.*, p. 148.

¹⁶¹ HvJ 24 november 1993, *Keck en Mithouard*, gev. zaken C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, p. I-06097, punt 16.

¹⁶² HvJ 25 maart 2004, *Karner*, C-71/02, *Jur.* 2004, p. I-03025, punt 38, dat verwijst naar: HvJ 15 december 1993, *Hünemann e.a.*, C-292/92, *Jur.* 1993, p. I-6787, punten 21 en 22; HvJ 2 juni 1994, *Tankstation ‘t Heukske en Boermans*, C-401/92 en C-402/92, *Jur.* 1994, p. I-2199, punten 12 tot 14; HvJ 13 januari 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Jur.* 2000, p. I-151, punt 24.

Het Hof van Justitie heeft echter geen gelijkaardige rechtspraak op het gebied van de vrije verrichting van *diensten*.¹⁶³

41. Wat het voorwerp van deze bijdrage betreft, dient te worden opgemerkt dat het Hof van Justitie uitdrukkelijk heeft geoordeeld dat:

- een nationale regelgeving die de geografische zones vaststelt waarbinnen de verkopers van levensmiddelen hun activiteit mogen uitvoeren, betrekking heeft op “verkoopmodaliteiten” in de zin van de Keck-rechtspraak.¹⁶⁴ Deze regelgeving valt buiten het toepassingsgebied van het vrij verkeer van goederen onder de dubbele voorwaarde dat ze van toepassing is “*op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën*” en dat die “*zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed [heeft] op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere Lidstaten*”¹⁶⁵ – wat er uiteindelijk op neerkomt dat dient te worden onderzocht of er geen discriminatie in rechte of in feite is¹⁶⁶ (nr. 53). In het onderhavige geval heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat de betrokken regelgeving (onrechtstreeks) discriminatoir was (zij impliceerde dat in andere lidstaten gevestigde verkopers een tweede vestiging in de betrokken lidstaat dienden te hebben, wat hen benadeelde ten opzichte van de nationale verkopers) en de regelgeving bijgevolg de tweede voorwaarde van de Keck-rechtspraak niet vervulde¹⁶⁷;
- een stelsel dat ambulante activiteiten zonder machtiging verbiedt (zoals voorzien in de wet van 25 juni 1993 – nr. 16) betrekking heeft op “*een methode voor het op de markt brengen. Het staat vast dat zij niet tot doel heeft het goederenverkeer tussen de lidstaten te regelen*”.¹⁶⁸ In het onderhavige geval werd het Belgisch stelsel geacht te voldoen aan de twee voorwaarden van de Keck-rechtspraak.¹⁶⁹

De toepassing van het vrij verkeer van goederen in het tweede geval lag niet voor de hand: de betrokken machtiging kon immers worden beschouwd als een belemmering van de uitoefening van een werkzaamheid anders dan in loondienst, die onder de vrijheid van verrichting van diensten valt.¹⁷⁰ Het vergunningstelsel van de wet van 25 juni 1993 is immers tweeledig: een van de twee machtigingen is onderworpen aan vereisten inzake beroepskwalificaties van de marktkramer zelf en heeft dan geen rechtstreeks verband met de verkoop van goederen¹⁷¹ (nr. 17). O.i. valt ze dan eerder

¹⁶³ L.W. GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, nr. 11.12, p. 410-411; C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, 405-406 (cf. echter de nuancering van deze auteur op p. 243 e.v.).

¹⁶⁴ HvJ 13 januari 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Jur.* 2000, p. I-00151, punt 24.

¹⁶⁵ HvJ 24 november 1993, *Keck en Mithouard*, gev. zaken C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, p. I-06097, punt 16.

¹⁶⁶ C. BARNARD, *o.c.*, p. 124-144.

¹⁶⁷ HvJ 13 januari 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, punten 26 tot 29. Ondanks haar onrechtstreeks discriminerend karakter had de maatregel kunnen worden gerechtvaardigd door een algemene doelstelling van algemeen belang, maar het Hof heeft geoordeeld dat de maatregel, gelet op de *in casu* ingeroepen doelstellingen, niet proportioneel was (cf. *idem*, punten 34-36).

¹⁶⁸ HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punt 26.

¹⁶⁹ Door het Hof van Justitie uitdrukkelijk wat de eerste voorwaarde van de Keck-rechtspraak betreft (HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punten 27-28) en door de nationale rechtbank wat de tweede voorwaarde betreft (J. STUYCK en E. TERRYN, “Le droit européen de la consommation – Développements récents”, *JTDE* 2007, nr. 43, p. 263).

¹⁷⁰ Dit was trouwens het standpunt van advocaat generaal LEGER in het onderhavige geval: cf. zijn conclusies voorafgaand aan het arrest van 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punten 54-59.

¹⁷¹ *In casu* diende de machtiging te worden toegekend door de minister van Middenstand (regime van vóór de wetswijziging van 2005-2006 – nr. 13) indien aan beroepskwalificatievoorwaarden werd voldaan (Cf. conclusie van

onder het vrij verkeer van diensten. Het lijkt ons bijgevolg moeilijk dat gedeelte van de Belgische regelgeving te bestempelen als betrekking hebbend op “verkoopmodaliteiten” in de zin van de Keck-rechtspraak, aangezien deze zich niet tot de vrije verrichting van diensten uitstrekt.

42. De twee voorwaarden van de Keck-rechtspraak verduidelijken dat een maatregel betreffende “verkoopmodaliteiten” op dezelfde manier als een belemmering dient te worden gerechtvaardigd, in ieder geval wat de niet-discriminatie betreft (*nr. 50*). Van een maatregel betreffende “verkoopmodaliteiten” wordt vermoed dat deze het vrij verkeer van goederen niet belemmert. Deze kwalificatie heeft dan het procedureel gevolg dat de bewijslast wordt omgekeerd in het voordeel van de lidstaat, aangezien de Commissie of de betrokken onderneming een effectief en substantieel beperkend effect dient aan te tonen¹⁷², wat complex kan zijn.

c) Toepassing in casu (diensten): belemmeringkwalificatie

43. In het licht van het criterium van de markttoegang dienen alle bovenvermelde maatregelen (*nr. 34*) als belemmeringen te worden gekwalificeerd:

- a) het *totale verbod* (zuiver verbod van ambulante activiteiten, dat voor iedereen, blijvend en op het ganse grondgebied van de gemeente van toepassing is) belet de marktkramer zijn producten en diensten aan te bieden aan de consumenten die zich op het gemeentelijk grondgebied bevinden;
- b) het *activiteitenverbod buiten de markt* (verbod dat slechts betrekking heeft op de uitoefening van ambulante activiteiten (i) buiten bepaalde periodes en/of (ii) buiten bepaalde zones en/of (iii) buiten de (periodieke) gemeentelijke markt) berooft de marktkramer niet van zijn recht van toegang tot de markt doch beperkt dat recht: de marktkramer mag zijn producten en diensten enkel aanbieden aan de consumenten die gedurende de betrokken periodes of op de betrokken plaatsen aanwezig zijn;
- c) het *voorafgaande vergunningstelsel* (verbod om deze activiteiten uit te oefenen zonder machtiging van de gemeente of van het ondernemingsloket) beperkt ook de toegang tot de markt: de marktkramer mag geen producten of diensten aanbieden zonder de betrokken machtiging.

44. De rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigt dit. Zo werd geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die de exploitatie en de beoefening van kans- of gokspelen alleen toestaat op bepaalde plaatsen zoals casinozalen en die zonder onderscheid van toepassing is op de eigen onderdanen en op onderdanen van andere lidstaten, het vrij verrichten van *diensten* belemmert.¹⁷³ Het Hof heeft ook geoordeeld dat een nationale regeling die het verrichten van diensten op het nationale grondgebied door een in een andere lidstaat gevestigde onderneming afhankelijk stelt van de afgifte van een vergunning, het vrij verrichten van diensten beperkt.¹⁷⁴

advocaat generaal LEGER voorafgaand aan het arrest van 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punten 3-15, in het bijzonder punt 11). Het is voortaan het ondernemingsloket dat de betrokken machtiging aflevert; dit doet geen afbreuk aan de analyse in het Europees materieel recht.

¹⁷² C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 136-137; Ch. GAVALDA en G. PARLEANI, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6e druk, nr. 111, p. 84 (die verwijzen naar HvJ 23 februari 2006, *A. Punkt Schmukhandels*, C-441/04, *Jur.* 2006, p. I-02093).

¹⁷³ HvJ 11 september 2003, *Anomar*, C-6/01. *Jur.* 2003 page I-08621, punten 66 en 75.

¹⁷⁴ HvJ 18 november 2010, *Commissie t. Portugal*, C-458/08, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie, punt 84, dat verwijst naar: HvJ 25 juli 1991, *Säger*, C-76/90, *Jur.* 1991 p. I-4221, punt 14; HvJ 9 augustus 1994, *Vander Elst*, C-

d) Toepassing in casu (goederen): kwalificatie als verkoopmodaliteit

45. Wat de marktkramers die *goederen* verkopen (*nr. 36*) betreft, kunnen de belemmeringen vermeld in de vorige paragraaf worden bestempeld als maatregelen inzake “verkoopmodaliteiten” en bijgevolg aan de toepassing van artikel 34 VwEU (oud art. 28 VEG) ontsnappen, op grond van de bovengenoemde Keck-rechtspraak (*nr. 40*):

- a) het *totale verbod* (zuiver verbod van ambulante activiteiten, dat voor iedereen, blijvend en op het ganse grondgebied van de gemeente van toepassing is) is een maatregel betreffende de plaats en het tijdstip van verkoop. Een dergelijke regel werd in verschillende arresten van het Hof van Justitie beschouwd als een maatregel die betrekking heeft op “verkoopmodaliteiten” in de zin van de Keck-rechtspraak¹⁷⁵;
- b) hetzelfde geldt ook voor het *activiteitenverbod buiten de markt* (verbod dat slechts betrekking heeft op de uitoefening van ambulante activiteiten (i) buiten bepaalde periodes en/of (ii) buiten bepaalde zones en/of (iii) buiten de (periodieke) gemeentelijke markt);
- c) hoger hebben we gezien dat het *voorafgaand vergunningstelsel* (verbod om de activiteiten uit te oefenen zonder machtiging van de gemeente of van het ondernemingsloket) door het Hof van Justitie uitdrukkelijk werd gekwalificeerd als een maatregel die betrekking heeft op “verkoopmodaliteiten”¹⁷⁶; we hebben tevens onze twijfels daaromtrent kenbaar gemaakt (*nr. 41*).

46. Voor de marktkramers die *diensten* verkopen (*nr. 36*) behouden de onderzochte maatregelen hun kwalificatie van belemmering; ze blijven dan onderworpen aan artikel 56 VwEU (oud art. 49 VEG). De Keck-rechtspraak heeft immers geen evenknie op het gebied van de vrije verrichting van diensten (*nr. 40*).¹⁷⁷

III.C. Rechtvaardiging van de verboden belemmeringen

47. Iedere belemmering van het vrij verkeer kan in principe worden gerechtvaardigd. Het Hof van Justitie heeft in dat verband een algemeen controlestelsel van de belemmeringen uitgewerkt; zo kan een belemmering worden toegelaten als zij tegelijkertijd aan vier voorwaarden voldoet: het naleven van het afgeleid recht; het naleven van het non-discriminatiebeginsel; het nastreven van een doelstelling van algemeen belang; het naleven van het evenredigheidsbeginsel.¹⁷⁸

a) Naleving van het afgeleid recht

43/93, *Jur.* 1994, p. I-3803, punt 15; HvJ 9 maart 2000, *Commissie t. België*, C-355/98, *Jur.* 2000, p. I-1221, punt 35; HvJ 29 april 2004, *Commissie t. Portugal*, C-171/02, *Jur.* 2004, p. I-5645, punt 60.

¹⁷⁵ Cf. met name: HvJ 2 juni 1994, *Tankstation 't Heukske en Boermans*, C-401/92 en C-402/92, *Jur.* 1994, p. I-2190 (verbod voor benzinstations om 's nachts te openen); HvJ 2 juni 1994, *Punto Casa*, gev. zaken C-69/93 en C-258/93, *Jur.* 1994, p. I-02355 (verbod om bepaalde handelsactiviteiten uit te oefenen op zondag); HvJ 14 december 1995, *Banchero*, C-387/93, *Jur.* 1995, p. I-04663 (verbod om tabaksartikelen te verkopen buiten de toegelaten plaatsen); HvJ 13 januari 2000, *TK-Heimdienst*, C-254/98, *Jur.*, p. I-151; (ambulante verkoop van levensmiddelen in een administratief district voorbehouden aan ondernemers gevestigd in dat administratief district of in een aangrenzende gemeente). Cf. ook: C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, 1427-128 en de verwijzingen; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, 117 en de verwijzingen.

¹⁷⁶ HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punt 26.

¹⁷⁷ In de mate dat het vrij verkeer van goederen en het vrij verkeer van diensten cumulatief worden toegepast (*nr. 37*) biedt de kwalificatie van de betrokken maatregel als “verkoopmodaliteit” slechts een gedeeltelijke oplossing.

¹⁷⁸ M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, 134 en 184.

48. Wat betreft het afgeleid recht dat van toepassing is op het vrij verkeer van *goederen*, zou in beginsel enkel richtlijn 85/577/EEG van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkooppunten gesloten overeenkomsten¹⁷⁹ in casu van toepassing kunnen zijn. Deze richtlijn bevat echter geen bepaling die de ambulante handel regelt. Alleen de beginselen afgeleid uit het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie zijn bijgevolg van toepassing.¹⁸⁰

49. Wat het afgeleid recht in verband met de vrije verrichting van *diensten* betreft, is richtlijn 2006/123/EG van toepassing op de hier onderzochte belemmeringen. We verwijzen in dat verband naar *afdeling IV* hieronder.

In dit stadium moet worden benadrukt dat, hoewel de naleving van het afgeleid recht zich op de belemmering opdringt, het afgeleid recht zelf (en dus ook richtlijn 2006/123/EG) in principe onderworpen is aan het primair recht (het VwEU zoals uitgelegd door het Hof van Justitie).¹⁸¹

b) Naleving van het non-discriminatiebeginsel (belemmeringen)

50. Het begrip discriminatie is tegenwoordig even moeilijk te omschrijven als het begrip belemmering.¹⁸² De dubbelzinnigheid van dat begrip is nog markanter nu deze zowel op het vlak van de omschrijving van de belemmering (*nr. 38*) als op het vlak van de rechtvaardiging ervan aanwezig is.

Naast de rechtstreekse (d.w.z. juridische of openlijke) discriminaties sanctioneert het Hof van Justitie tevens de onrechtstreekse (d.w.z. feitelijke of verkapte) discriminaties. Ondanks het feit dat beide categorieën niet altijd gemakkelijk te onderscheiden zijn, dient te worden aangenomen dat onrechtstreekse discriminaties de maatregelen omvatten die de toegang tot de markt van een lidstaat voor de ondernemers van andere lidstaten verhinderen, belemmeren of moeilijker maken (deze laatsten worden benadeeld – en zelfs gediscrimineerd – ten opzichte van de ondernemers van de betrokken lidstaat). Het probleem met een dergelijk criterium is dat het een betwistbare (subjectief volgens de eenen¹⁸³, economisch en complex voor de anderen¹⁸⁴) analyse met zich kan brengen.

Hoe dan ook is bovenvermeld onderscheid enkel van belang voor de doelstelling van algemeen belang die kan worden ingeroepen (*nr. 58*): een onrechtstreekse discriminatie kan worden gerechtvaardigd door een uitdrukkelijk in het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie voorziene rechtsgrond of door een dwingende reden van algemeen belang, terwijl een rechtstreekse

¹⁷⁹ *Pb.L.* 31 december 1985, afl. 372, 31.

¹⁸⁰ Cf. in die zin m.b.t. de inhoud van de wet van 25 juni 1993 (ambulante verkoop van goederen): Conclusie van advocaat-generaal LEGER voorafgaand aan het arrest van 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punten 29-31.

¹⁸¹ Volgens vaste rechtspraak dienen de bepalingen van het afgeleid recht in overeenstemming met het primair recht te worden uitgelegd en toegepast (cf. HvJ 13 december 1983, *Commissie t. Raad*, 218/82, *Jur.* 1983, p. 4063, punt 15; HvJ 26 juni 2007, *Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a.*, C-305/05, *Jur.* 2007, p. I-5305, punt 28; HvJ 19 november 2009, *Sturgeon e.a.*, C-402/07 en C-432/07, *Jur.* 2009, p. I-10923, punt 48). Ook in die zin: M. FALLON, o.c., p. 136: "le droit dérivé doit s'interpréter d'une manière compatible avec le droit primaire". Voor een grondige analyse, cf. K.E. SORENSEN, "Reconciling secondary legislation and the Treaty rights of free movement", *ELR* 2011, 339-361.

¹⁸² M. FALLON en D. MARTIN, "Dessine-moi une discrimination ...", *JDE* 2010, 165 e.v.

¹⁸³ M. FALLON en D. MARTIN, o.c., *JDE* 2010, 166.

¹⁸⁴ A.-L. SIBONY en A. DEFOSSEZ, "Marché intérieur (marchandises, capitaux, établissement, services)", *R.T.D.eur.* 2010, 129 e.v. die, om aan te tonen dat dit kan vermeden worden, verwijzen naar de conclusie van advocaat-generaal BOT voorafgaand aan het arrest van 10 februari 2009, *Commissie t. Italië*, C-110/05, *Jur.* 2009, p. I-00519, punt 116.

discriminatie enkel kan worden gerechtvaardigd door de eerste categorie van doelstellingen van algemeen belang.¹⁸⁵

51. De hier onderzochte belemmeringen (*nr. 34*) zijn niet rechtstreeks discriminerend: ze zijn van toepassing op iedereen, zonder onderscheid. Zoals hoger gezien (*nr. 41*), werd zelfs geoordeeld dat het voorafgaand vergunningstelsel voorzien in de wet van 25 juni 1993 (versie van vóór 2005) niet discriminerend was.¹⁸⁶

52. Te noteren valt nog dat het Hof van Justitie een verplichting tot transparantie en tot oproep tot mededinging afleidt van de regels van het verdrag die betrekking hebben op het vrij verkeer in het algemeen en op de gelijkheids- en non-discriminatiebeginselen in het bijzonder.¹⁸⁷ Deze verplichting, die met betrekking tot de overheidsopdrachten en –overeenkomsten werd uitgewerkt¹⁸⁸, overschrijdt het zuiver contractuele kader; het Hof van Justitie heeft deze verplichting recent toegepast op wat men in het intern administratief recht een eenzijdige administratieve rechtshandeling zou noemen.¹⁸⁹

M.a.w. zelfs als de domaniale toelating (de stationeervergunning), zich van de domeinconcessie onderscheidt door zijn eenzijdig karakter¹⁹⁰, is deze onderworpen aan de bovengenoemde verplichting tot oproep tot mededinging.¹⁹¹ Sommige bepalingen van de wet van 25 juni 1993 sluiten aan bij dat aspect van het primair recht (*nr. 32*).

c) Naleving van het non-discriminatiebeginsel (verkoopmodaliteiten)

53. Het non-discriminatiebeginsel is ook van toepassing wanneer de onderzochte maatregelen worden bestempeld als maatregelen met betrekking tot “verkoopmodaliteiten” in de zin van de Keck-rechtspraak.¹⁹² In dat verband wordt geen discriminatie aanvaard – noch in rechte (rechtstreekse

¹⁸⁵ Dit onderscheid wordt evenwel steeds minder strikt nageleefd door het Hof van Justitie (C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, 149 en 165-166. Cf. in dat verband de incoherenties destijds al benadrukt door: M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, 139-140 en 181-183; Conclusie van advocaat-generaal JACOBS voorafgaand aan het arrest *PreussenElectra*, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2103, punten 222 e.v.).

¹⁸⁶ Door het Hof van Justitie uitdrukkelijk wat de eerste voorwaarde van de Keck-rechtspraak betreft (HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punten 27-28) en door de nationale rechtbank wat de tweede voorwaarde betreft (J. STUYCK en E. TERRY, “Le droit européen de la consommation – Développements récents”, *JTDE* 2007, nr. 43, p. 263).

¹⁸⁷ HvJ 7 december 2000, *Telaustria*, C-324/98, *Jur.* 2000, p. I-10745, punten 61 en 62; HvJ 21 juli 2005, *Conorzio Aziende Metano (Coname) t. Comune di Cingia de Botti*, C-231/03, *Jur.* 2005, p. I-07287, punt 21; HvJ 13 oktober 2005, *Parking Brixen GmbH t. Gemeinde Brixen en Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, *Jur.* 2005, p. I-08612, punt 49; HvJ 6 april 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) t. Comune di Bari en AMTAB Servizio SpA*, C-410/04, *Jur.* 2006, p. I-03303, punt 21; HvJ 13 november 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, *Jur.* 2008, p. I-8457, punt 25; HvJ 10 september 2009, *WAZV Gotha t. Eurawasser*, C-206/08, *Jur.* 2009, p. I-8377, punt 44; HvJ 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie, punt 36.

¹⁸⁸ A.L. DURVIAUX en N. THIRION, “Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire”, *JT* 2004, nr. 29-36, p. 24-25; A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Brussel, Larcier, 2006, nr. 84-85, p. 104-108 en nr. 356, p. 380-381; D. D'HOOOGHE en S. JOCHEMS, “De gunning van overheidscontracten in het algemeen”, in *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, nr. 107, p. 70.

¹⁸⁹ HvJ 3 juni 2010, *Sporting Exchange t. Minister van Justitie*, C-203/08, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie, punten 39 tot 41.

¹⁹⁰ D. LAGASSE, “Les utilisations collectives et privatives du domaine public”, in *Domaine public, domaine privé – Biens des pouvoirs publics*, Brussel, Larcier, 2008, nr. 184, p. 228.

¹⁹¹ Ook in die zin: Ph. FLAMME, M.A. FLAMME en C. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, 2^e druk, Brussel, Larcier, 2009, nr. 65, p. 87-88 en voetnoot 167.

¹⁹² M. FALLON, o.c., p. 118.

discriminatie) noch in feite (onrechtstreekse discriminatie) –, aangezien de betrokken maatregelen dienen te worden toegepast “*op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën*” en dienen “*zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed [te] hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten*”.¹⁹³

Men zou echter kunnen aanvoeren dat het *totale verbod* niet dezelfde invloed heeft op de verhandeling van goederen uit andere lidstaten: de ambulante verkoop kan immers een waardevolle methode zijn om de Belgische consumenten kennis te laten maken met producten die voor hen moeilijk toegankelijk zijn (want komende uit andere lidstaten). In voorkomend geval zou het totale verbod de bedoelde producten beroven van iedere toegang tot de Belgische markt – wat een schending van het vrij verkeer van goederen zou uitmaken.¹⁹⁴ Het *activiteitenverbod buiten de markt* en het *voorafgaand vergunningstelsel* zou minder gemakkelijk worden blootgesteld aan een dergelijk verwijt, aangezien onder beide maatregelen goederen uit andere lidstaten en waarvoor de ambulante verkoop een ideale wijze van verhandeling uitmaakt, in België mogen worden verkocht op voorwaarde dat ze het toepasselijke juridische kader (gemeentelijk markt en/of machtiging) naleven. Strikt gezien zou dit echter het bewijs van de concrete impact op het handelsverkeer tussen lidstaten voor de betrokken goederen vereisen.¹⁹⁵

Zoals hoger uitgelegd (*nr. 40*) dient de Europese Commissie of de ondernemer die zich door de onderzochte maatregelen benadeeld voelt dit aan te tonen.

Om het onrechtstreeks discriminerend karakter van een maatregel met betrekking tot “verkoopmodaliteiten” te onderzoeken, gebruikt het Hof van Justitie ook het criterium van de markttoegang; we hebben echter gezien dat de toepassing van dit criterium niet altijd eenvoudig is (*nr. 50*). Het Hof onderzoekt in dat kader onder andere of de afschaffing dan wel de beperking van een distributiekanaal kan worden gecompenseerd door alternatieven. Zo heeft het Hof in verschillende arresten aangenomen dat de verkoop via internet een belangrijk distributiekanaal uitmaakt en dat een afschaffing of een beperking ervan ondernemers van andere lidstaten kon benadelen ten opzichte van de ondernemers van de betrokken lidstaat, die (per hypothese) al ter plaatse zijn en rechtstreeks toegang tot de markt van deze lidstaat hebben.¹⁹⁶ Dit argument zou ook in het voordeel van de hier onderzochte maatregelen kunnen worden gehanteerd teneinde aan te tonen dat ze niet (onrechtstreeks) discriminerend zijn: een ondernemer die zou beweren dat hij geen toegang heeft tot de Belgische markt wegens de regelgeving betreffende de ambulante handel, zou men kunnen tegenwerpen dat hij via het internet toch een ideale toegang tot de Belgische consumenten heeft en dat de maatregelen die hij aanvecht bijgevolg zijn toegang tot de bedoelde markt niet substantieel beperken.

54. Indien de twee voorwaarden van de Keck-rechtspraak niet zijn vervuld, kan een maatregel met betrekking tot “verkoopmodaliteiten” door een doelstelling van algemeen belang (*nr. 51*) worden gerechtvaardigd, deze keer zonder onderscheid tussen rechtstreekse en onrechtstreekse

¹⁹³ HvJ 24 november 1993, *Keck en Mithouard*, gev. zaken C-267/91 en C-268/91, *Jur.* 1993, p. I-06097, punt 16.

¹⁹⁴ Cf. in die zin, precies m.b.t. het vergunningstelsel voorzien in de wet van 25 juni 1993 (ambulante verkoop van goederen): Conclusie van advocaat-generaal LEGER voorafgaand aan het arrest HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punten 85 tot 88.

¹⁹⁵ Cf. HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133, punt 31, waar het Hof van Justitie geoordeeld heeft dat de Belgische regelgeving (nu wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en de organisatie van ambulante en kermisactiviteiten) en in het bijzonder het vergunningstelsel voor de *verkoop van abonnementen op tijdschriften* een uitwerking had dat “*te onbeduidend en onzeker [was] om te kunnen worden geacht de handel tussen de lidstaten te belemmeren of op andere wijze te hinderen*”.

¹⁹⁶ HvJ 11 december 2003, *Deutscher Apothekerverband t. 0800 DocMorris*, C-322/01, *Jur.* 2003, p. I-14887, punt 74; HvJ 2 december 2010, *Ker-Optika*, C-108/09, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie, punt 54.

discriminaties.¹⁹⁷

d) Doelstellingen van algemeen belang – Uitdrukkelijk voorzien door het VwEU

55. Wat het vrij verkeer van goederen betreft, aanvaardt het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie de belemmeringen die *“gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapt beperking van de handel tussen de Lidstaten vormen”* (art. 36 VwEU – oud art. 30 VEG).

Het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bepaalt bovendien dat de belemmeringen van het vrij verkeer van diensten kunnen worden gerechtvaardigd *“uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid”* (art. 52 VwEU – oud art. 46 VEG, toepasselijk gemaakt op grond van art. 62 VwEU – oud art. 55 VEG). Deze laatste rechtvaardigingen zijn gemeen aan de twee vrijheden die hier worden besproken, en zijn de meest relevante voor deze bijdrage.

56. De volksgezondheid is eigenlijk de enige rechtvaardiging die eventueel met succes zou kunnen worden ingeroepen in verband met de belemmeringen die hier worden besproken. Het Hof heeft immers in verschillende arresten benadrukt dat de noties openbare orde en veiligheid¹⁹⁸ een communautaire omschrijving dienen te krijgen: het impliceert *“een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast, en het moet (...) als rechtvaardiging van een afwijking van een fundamenteel beginsel van het verdrag restrictief worden uitgelegd”*.¹⁹⁹

Inzake het vrij verkeer van goederen werd deze rechtvaardigingsgrond slechts één keer door het Hof aanvaard²⁰⁰: het uitvoerverbod van zilvermunten *“teneinde te verhinderen dat deze munten in een andere lidstaat worden gesmolten of vernietigd, is gerechtvaardigd uit hoofde van de bescherming van de openbare orde in de zin van artikel [36 VwEU], daar het voorkomt uit de noodzaak het muntrecht te beschermen, dat van oudsher in verband wordt gebracht met de fundamentele belangen van de Staat”*.²⁰¹

Inzake het vrij verkeer van diensten lijken de relevante toepassingsgevallen ook beperkt te zijn, zelfs indien het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de specifieke omstandigheden die een beroep op het begrip openbare orde kunnen rechtvaardigen, naar land en tijdstip kunnen verschillen en dat de bevoegde nationale overheden een beoordelingsmarge hebben binnen de door het verdrag gestelde grenzen.²⁰² Het Hof heeft op deze basis bijvoorbeeld aanvaard dat de commerciële exploitatie van een spel waarbij het doden van mensen wordt gesimuleerd (*“laser game”*), inbreuk maakt op een in de

¹⁹⁷ C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 130-148 en de verwijzingen aldaar.

¹⁹⁸ Het Hof van Justitie voegt beide rechtvaardigingsgronden samen in eenzelfde categorie (C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, 481).

¹⁹⁹ HvJ 22 december 2008, *Commissie t. Oostenrijk*, C-161/07, *Jur.* 2008, p. I-10671, punt 35; HvJ 19 juni 2008, *Commissie t. Luxemburg*, C-319/06, *Jur.* 2008, p. I-04323, punt 50; HvJ 13 december 2007, *Commissie t. Italië*, C-465/05, *Jur.* 2007, p. I-11091, punt 49; HvJ 9 maart 2000, *Commissie t. België*, C-355/98, *Jur.* 2000, p. I-1221, punt 28.

²⁰⁰ C. BARNARD, *o.c.*, p. 151.

²⁰¹ HvJ 23 november 1978, *Thompson*, 7/78, *Jur.* 1978, p. 2247, punt 34.

²⁰² HvJ 14 oktober 2004, *Omega*, C-36/02, *Jur.* 2004, p. I-09609, punt 31.

Duitse Grondwet opgenomen fundamentele waarde, namelijk de menselijke waardigheid, en zodoende de Duitse openbare orde bedreigt.²⁰³

57. De vraag of belemmeringen van die doelstellingen van verkeersveiligheid, preventie van fraude, bescherming van intellectuele eigendom en bescherming van de volksgezondheid nastreven, niet zouden kunnen worden beschouwd als zijnde gerechtvaardigd “uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid” in de zin van artikelen 36 en 52 VwEU, dient op het eerst gezicht ontkennend te worden beantwoord.²⁰⁴

Strikt genomen beogen deze doelstellingen weliswaar het beschermen van een fundamenteel belang van de maatschappij (het leven en de fysieke integriteit van de weggebruikers, het voorkomen van fraude, het (intellectuele) eigendomsrecht, de gezondheid van de consument, enz.). Het Hof van Justitie heeft echter (zie volgende paragraaf) tot nu toe geoordeeld dat deze doelstellingen dienen te worden onderscheiden van de rechtvaardigingsgronden bepaald in het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en heeft deze laatste voor extreme situaties voorbehouden.

Deze rechtspraak zou niet moeten worden gewijzigd, ondanks de onzekerheden in het leven geroepen door richtlijn 2006/123/EG in verband met de toegelaten rechtvaardigingen (*nr. 70*).

e) Doelstellingen van algemeen belang – Pretoriaanse gronden – Dwingende redenen van algemeen belang

58. Het Hof van Justitie spreekt over “dwingende redenen” of “dwingende eisen” van algemeen belang.²⁰⁵ Ongeacht hun benaming hebben deze begrippen betrekking op het beleid van rechtvaardiging van belemmeringen van het vrij verkeer dat het Hof heeft uitgewerkt buiten iedere uitdrukkelijke bepaling van het huidige verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

In dat opzicht kunnen de volgende doelstellingen – allemaal reeds aanvaard door het Hof – de hier onderzochte belemmeringen rechtvaardigen (*nr. 34*):

- *doelstelling van verkeersveiligheid*²⁰⁶: *in casu* zou het de bedoeling zijn de anarchistische bezetting van de openbare weg te voorkomen, aangezien een dergelijke bezetting het leven van de consumenten, marktkramers en de andere weggebruikers in gevaar zou kunnen brengen;
- *doelstelling van sociaal beleid en preventie van fraude*²⁰⁷ en zelfs *criminaliteitsbestrijding*²⁰⁸: *in casu* zou het de bedoeling zijn te voorkomen dat gokactiviteiten buiten de door de wet

²⁰³ Zaak C-36/02, voornoemd, punten 34-40.

²⁰⁴ L.W. GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, nr. 11.65, p. 460-461.

²⁰⁵ Over de verschillende (en hoe dan ook equivalente) uitdrukkingen, cf.: C. BARNARD, o.c., p. 166 en p. 511.

²⁰⁶ HvJ 5 oktober 1994, *Van Schaik*, C-55/93, *Jur.* 1994, p. I-4837, punt 19; HvJ 12 oktober 2000, *Snellers*, C-314/98, *Jur.* 2000, p. I-8633, punt 55; HvJ 21 maart 2002, *Cura Anlagen*, C-451/99, *Jur.* 2002, p. I-3193, punt 59; HvJ 15 maart 2007, *Commissie t. Finland*, C-54/05, *Jur.* 2007, p. I-02473, punt 40; HvJ 20 september 2007, *Commissie t. Nederland*, C-297/05, *Jur.* 2007, p. I-07467, punt 77; HvJ 10 april 2008, *Commissie t. Portugal*, C-265/06, *Jur.* 2008, p. I-02245, punt 38. Cf. ook overweging nr. 40 van richtlijn 2006/123, die bepaalt dat de dwingende redenen van algemeen belang met name de “verkeersveiligheid” omvatten.

²⁰⁷ HvJ 11 september 2003, *Anomar*, C-6/01. *Jur.* 2003, p. I-08621. Cf. ook overweging nr. 40 van richtlijn 2006/123, die bepaalt dat de dwingende redenen van algemeen belang met name de “fraudebestrijding” omvatten.

²⁰⁸ HvJ 8 september 2009, *Bwin*, C-42/07, *Jur.* 2009, p. I-07633 (reden weerhouden door het Hof om het Portugese overheidsmonopolie op de spelen en de weddenschappen te rechtvaardigen).

toegelaten plaatsen doorgaan en ervoor te zorgen dat de bedoelde activiteiten wel degelijk kunnen worden gecontroleerd;

- *doelstelling van bescherming van de intellectuele eigendomsrechten*²⁰⁹: *in casu* zou het de bedoeling zijn de verkoop van illegale kopieën of andere producten gefabriceerd met schending van het auteurs- en merkenrecht te bestrijden, door de controle toe te laten op de te koop aangeboden producten;
- *doelstelling van consumentenbescherming*²¹⁰: *in casu* zou het de bedoeling zijn de gezondheids- en opspoorbaarheidsvoorschriften van levensmiddelen en de veiligheidsvoorschriften van non-foodproducten en -diensten (zoals “thrill rides” en achtbanen) na te leven;
- *doelstelling van voorkoming van oneerlijke concurrentie*²¹¹: *in casu* zou het de bedoeling zijn te voorkomen dat marktcrammers die bepalingen van het Belgisch dwingend recht niet naleven (fiscale wetgeving, arbeids- of socialezekerheidsrecht, enz.) de mededinging zouden vervalsen;
- *doelstelling van beleid inzake ruimtelijke ordening*²¹²: *in casu* zou het de bedoeling zijn de residentiële bestemming van de ene wijk en de commerciële bestemming van de andere wijk te respecteren, door de activiteiten van de marktcrammers te beperken tot de laatstgenoemde en/of tot de gemeentelijke markt.

De “dwingende redenen van algemeen belang” maken een open categorie van rechtvaardigingen uit en zijn (in principe) niet van toepassing op de rechtstreeks discriminerende maatregelen.²¹³ Zoals de rechtvaardigingen bepaald in het verdrag mogen ze enkel worden ingeroepen bij gebrek aan harmonisatie (die de lidstaten van iedere beoordelingsmarge beroven).²¹⁴

59. Aan deze aanvaarde doelstellingen kan men trouwens ook een overweging uit een arrest uitgesproken inzake overheidsopdrachten toevoegen. Deze overweging benadrukt het feit dat de organisatie of het plaatsvinden van een gemeentelijke markt aan het algemeen belang kan bijdragen:

²⁰⁹ HvJ 18 maart 1980, *Coditel*, C-62/79. *Jur.* 1980, p. 881. Cf. ook overweging nr. 40 van richtlijn 2006/123, die bepaalt dat de dwingende redenen van algemeen belang met name de “*bescherming van intellectuele eigendom*” omvatten.

²¹⁰ HvJ 16 juli 1998, *Gute Springenheide en Tusky*, C-210/96; HvJ 4 april 2000, *Darbo*, C-465/98, *Jur.* 2000, p. I-02297. Cf. ook overweging nr. 40 van richtlijn 2006/123, die bepaalt dat de dwingende redenen van algemeen belang met name de “*bescherming van afnemers van diensten*” en de “*consumentenbescherming*” omvatten.

²¹¹ HvJ 20 juni 1991, *Denkavit*, C-39/90, *Jur.* 1991, p. I-3069, punt 18; HvJ 5 december 2000, *Guimont*, C-448/98, *Jur.* 2000, p. I-10663, punten 27 en 30). Cf. ook overweging nr. 40 van richtlijn 2006/123, die bepaalt dat de dwingende redenen van algemeen belang met name de “*voorkoming van oneerlijke concurrentie*” omvatten.

²¹² Doelstelling geciteerd door C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, 122 (die verwijst naar: HvJ 8 december 1987, *Gauchard*, 20/87, *Jur.* 1987, p. 4879). Cf. ook overweging nr. 40 van richtlijn 2006/123, die bepaalt dat de dwingende redenen van algemeen belang met name de “*bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening*” omvatten.

²¹³ C. BARNARD, *The substantive law of the EU – The four freedoms*, 3e druk, Oxford, Oxford University Press, 2010, 165-166; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Brussel, Bruylant, 2^e druk, 2002, 139-140 en 181-183; GORMLEY, *EU law of free movement of goods and customs union*, Oxford, Oxford University Press, 2009, nr. 11.14, p. 413. Cf. ook voetnoot 185, hierboven.

²¹⁴ HvJ 20 februari 1979, *Rewe Centrale t. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (cassis de Dijon), 120/78, *Jur.* 1979, 649, punt 8; HvJ 12 oktober 2000, *Cidrerie Ruwet SA*, C-3/99, *Jur.* 2000, p. I-08749, punten 43 en 47.

“de organisator van dergelijke evenementen, die fabrikanten en handelaars op één plaats bijeenbrengt, handelt namelijk niet alleen in het bijzondere belang van laatstgenoemden, die zo de gelegenheid krijgen om hun producten en handelswaar te presenteren, maar verschaft ook de consumenten die deze evenementen bezoeken de nodige informatie, zodat zij onder optimale omstandigheden hun keuze kunnen maken. Van de impuls die ervan uitgaat voor de handel, kan worden gesteld dat deze het algemeen belang betreft”.²¹⁵

In dat verband valt te noteren dat het Hof van Justitie meermaals heeft geoordeeld dat een economische doelstelling niet kon worden aanvaard om een belemmering te rechtvaardigen.²¹⁶ De rechtsleer merkt echter op dat de rechtspraak van het Hof niet altijd duidelijk is op dat vlak. Het beschermen van het intellectuele eigendomsrecht of het bestrijden van fraude maken eigenlijk een economische doelstelling uit, aangezien ze als doel hebben de wettigheid en de veiligheid van de commerciële transacties te garanderen. Het verbod van “economische rechtvaardiging” mag dan ook niet te ruim worden uitgelegd: volgens een auteur waren de door het Hof verboden doelstellingen in werkelijkheid protectionistisch van aard.²¹⁷ Van protectionisme is er helemaal geen sprake in het onderhavige geval, zodat bovenvermeld uittreksel in samenlezing met de hierboven vermelde doelstellingen kan worden beschouwd als een bevestiging van het rechtmatig karakter van de hier besproken maatregelen die een gemeentelijke markt organiseren.

60. Zoals hierboven vermeld kunnen de door de wet van 25 juni 1993 (en door artikel 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet) bedoelde redenen van openbare orde (*nr. 31*) worden gelezen als de internrechtelijke weerspiegeling van de “dwingende redenen van algemeen belang” van het Hof van Justitie. Deze zouden o.i. zelfs dienst kunnen doen voor de uitlegging van de redenen van openbare orde: doelstellingen van verkeersveiligheid, sociaal beleid en preventie van fraude (en zelfs criminaliteitsbestrijding), bescherming van de intellectuele eigendomsrechten, consumentenbescherming, voorkoming van oneerlijke concurrentie en beleid inzake ruimtelijke ordening (allemaal aanvaard door het Hof van Justitie om een belemmering te rechtvaardigen), zouden immers kunnen worden opgenomen onder de bewoordingen “*openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument*” in de zin van de wet van 25 juni 1993. Bovendien streven ze dezelfde finaliteit na: het vinden van een compromis tussen de vrijheid van ondernemen (of van verkeer) en de belangen van de gemeenschap.

f) Naleving van het evenredigheidsbeginsel

61. De hier bedoelde evenredigheid veronderstelt een onderzoek naar de vraag of de belemmering dienstig is ter verwezenlijking van het ermee beoogde doel en niet verder gaat dan met het oog daarop noodzakelijk is.²¹⁸ In het licht daarvan is een maatregel niet proportioneel indien deze niet toelaat het ermee beoogde doel te bereiken of indien dit laatste middels een voor het vrij verkeer minder beperkende maatregel kan worden bereikt.

In dit verband is de evenredigheidstest van toepassing wanneer de betrokken goederen of diensten al onderworpen zijn aan een gelijkaardige regelgeving in de lidstaat van oorsprong. Indien deze

²¹⁵ HvJ 10 mei 2001, *Agorà e.a.*, gev. zaken C-223/99 en C-260/99, *Jur.* 2001, p. I-03605, punt 34.

²¹⁶ HvJ 19 december 1961, *Commissie t. Italië*, 7/61, *Jur.* 1961, p. 317; HvJ 7 februari 1984, *Duphar*, 238/82, *Jur.* 1984, p. 523; HvJ 16 december 1992, *Commissie t. België*, C-211/91, *Jur.* 1992, p. I-6757; HvJ 5 juni 1997, *SETTG t. Ypourgos Ergasias*, C-398/95, *Jur.* 1997, p. I-3091; HvJ 4 juni 2002, *Commissie t. Portugal*, C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-04731.

²¹⁷ V. HATZOPOLOUS, “Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services”, *C.M.L.Rev.* 2000, 79. Het Hof van Justitie aanvaardt echter dat doelstellingen die *niet* economisch van aard zijn (nationale veiligheid, bescherming van het milieu, enz.) nagestreefd kunnen worden via *economische* maatregelen (HvJ 10 juli 1984, *Campus Oil*, 72/83, *Jur.* 1984, 2727; HvJ 13 maart 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099).

²¹⁸ C. BARNARD, o.c., p. 171-187 en 516-518; M. FALLON, o.c., p. 147.

regelgeving het door de ontvangende lidstaat beoogde doel van algemeen belang wel degelijk bereikt, mag deze laatste lidstaat zijn eigen regelgeving niet toepassen.²¹⁹ Dit aspect van de evenredigheidstest is minder relevant voor “verkoopmodaliteiten” (in de zin van de Keck-rechtspraak) – aangezien deze zelden samenvallen met de maatregelen van de lidstaten van oorsprong –, doch krijgt zijn volle betekenis wanneer de bedoelde maatregel rechtstreeks betrekking heeft op een product of een kwalificatie van een dienstverlener.

62. De bedoeling is dus te onderzoeken of de hier onderzochte belemmeringen (*nr. 34*) proportioneel zijn ten opzichte van de bovenvermelde doelstellingen van algemeen belang (*nr. 55 e.v.*):

- a) het *totale verbod* (zuiver verbod van ambulante activiteiten, dat voor iedereen, blijvend en op het ganse grondgebied van de gemeente van toepassing is) zou *a priori disproportioneel* moeten zijn aangezien het activiteitenverbod buiten de markt, eventueel gecombineerd met het voorafgaand vergunningstelsel (cf. hieronder), ook toelaat de doelstellingen van algemeen belang te bereiken en minder restrictief is voor het vrij verkeer.²²⁰ Een specifiek onderzoek per geval zou echter leiden tot het weerhouden van omstandigheden die het proportioneel karakter van het totale verbod aantonen: zoals hoger uitgelegd (*nr. 20*) zou zulks het geval kunnen zijn van een kleine gemeente met een uitsluitend residentiële bestemming, die iedere ambulante activiteit²²¹ zou verbieden, om de rust van de bewoners te verzekeren, terwijl een dichtbijgelegen gemeente een beroemde en drukbezochte markt organiseert;
- b) het *activiteitenverbod buiten de markt* (verbod dat slechts betrekking heeft op de uitoefening van ambulante activiteiten (i) buiten bepaalde periodes en/of (ii) buiten bepaalde zones en/of (iii) buiten de (periodieke) gemeentelijke markt) kan soms als *proportioneel* worden beschouwd. Alles zal echter van de vastgestelde periodes en de geografische zones afhangen, de mogelijkheid om effectief een standplaats te bekomen alsook de organisatie van de controles bedoeld om de doelstellingen van algemeen belang te bereiken. Er dient in ieder geval te worden opgemerkt dat, wat de doelstellingen die de organisatie van een controle beogen (gokactiviteiten, intellectuele eigendom, zekerheid van levensmiddelen en non-foodproducten, enz.) betreft, deze laatste door de betrokken maatregel worden vergemakkelijkt aangezien de te controleren personen en goederen op een bepaalde plaats (de geografische zone of de gemeentelijke markt) gedurende een bepaalde periode worden verzameld;
- c) het *voorafgaand vergunningstelsel* (verbod om de activiteiten zonder machtiging van de gemeente of van het ondernemingsloket uit te oefenen) kan ook – op zijn minst *prima facie* – als *proportioneel* worden beschouwd. Alles zal echter afhangen van de manier waarop de machtiging wordt verleend (te vervullen criteria; enz.).

²¹⁹ M. FALLON, o.c., p. 150 (die spreekt i.v.m. dit aspect van de evenredigheidstest over “equivalentietest”).

²²⁰ Voor een vergelijkbaar geval (dat betrekking heeft op richtlijn 2006/123/EG, maar waarvan de redenering illustratief is voor de rechtspraak van het Hof betreffende het primaire recht): HvJ 5 april 2011, *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable*, C-119/09, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie; *JLMB* 2011, p. 1088, noot S. BREDAEL en L. MISSON, “L'interdiction totale de démarchage dans les professions réglementées contrevient à la directive Services”, die terecht opmerken dat de omschrijving zelf van (het toepassingsgebied) van het verbod doorslaggevend is op dat vlak (o.c., *JLMB* 2011, p. 1100).

²²¹ We herinneren eraan dat een gemeente de houder van een machtiging afgeleverd door een ondernemingsloket volgende ambulante verkopen niet mag verbieden: (i) de verkopen ten huize van de consumenten van producten en diensten voor een totale waarde niet hoger dan 250 euro per consument en (ii) de op een rondtrekkende wijze verwezenlijkte ambulante verkopen. Beide categorieën van verkoop zijn immers rechtstreeks toegelaten door de wet van 25 juni 1993 (*nr. 23*). M.a.w. zal een gemeente nooit *iedere* ambulante activiteit mogen verbieden.

In verband met het voorafgaand vergunningstelsel (en het activiteitenverbod buiten de markt) kan het gebeuren dat de beschikbare ruimte *de facto* het aantal machtigingen (of standplaatsen) die aan de marktzoekers kunnen worden toegekend, beperkt. Richtlijn 2006/123/EG²²² schrijft in dat geval concrete vereisten voor om te kunnen onderzoeken of het intern recht met het evenredigheidsbeginsel overeenstemt (*nr. 69*).

III.D. Besluit over het primair Europees recht

63. De vraag of de ambulante handel uitgeoefend in het kader van een gemeentelijke markt onder het toepassingsgebied van het vrij verkeer van goederen of onder dat van de vrije verrichting van diensten valt, is niet gemakkelijk te beantwoorden. Beide regimes zijn immers nauw met elkaar verbonden wanneer het gaat om de reglementering van een wekelijkse markt of een kermis. Daarom verdient het de voorkeur om de regels inzake het vrij verkeer van goederen en het vrij verkeer van diensten cumulatief toe te passen.

64. Verschillende maatregelen die hier onderzocht werden, hebben betrekking op “verkoopmodaliteiten” wanneer ze van toepassing zijn op marktzoekers die *goederen* verkopen. In voorkomend geval genieten zij van de “vrijstelling” van de Keck-rechtspraak.

Al de andere maatregelen – in het bijzonder deze die van toepassing zijn op marktzoekers die *diensten* verkopen – dienen als belemmeringen te worden gekwalificeerd; ze zullen enkel aan het verbod ontsnappen indien ze worden gerechtvaardigd (wat het vervullen van vier voorwaarden veronderstelt: naleving van het afgeleid recht; naleving van het non-discriminatiebeginsel; het nastreven van een doelstelling van algemeen belang; naleving van het evenredigheidsbeginsel).

65. Wat de doelstellingen van algemeen belang betreft die de onderzochte belemmeringen kunnen rechtvaardigen, biedt het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie weinig hulp – eventueel met uitzondering van de volksgezondheid.

De dwingende redenen van algemeen belang zijn daarentegen van toepassing op alle onderzochte belemmeringen en bieden verschillende relevante rechtvaardigingsgronden aan: verkeersveiligheid, sociaal beleid en preventie van fraude (en zelfs criminaliteitsbestrijding), bescherming van de intellectuele eigendomsrechten, consumentenbescherming, voorkoming van oneerlijke concurrentie en beleid inzake ruimtelijke ordening.

De onderzochte maatregelen kunnen bijgevolg worden beschouwd als zijnde in overeenstemming met het primair recht – waarschijnlijk met uitzondering van het totale verbod en onder voorbehoud van een onderzoek van de concrete modaliteiten voorzien door het gemeentelijk reglement. De overeenstemming van deze maatregelen met het afgeleid recht wordt hierna besproken (*afdeling IV*).

IV. AFGELEID EUROPEES RECHT: RICHTLIJN 2006/123/EG

IV.A. Toepassingsgebied en materiële regels

a) Begrip diensten

66. Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt – ook bekend als “Dienstenrichtlijn” of “Bolkesteinrichtlijn” –

²²² Art. 12.1 en 12.2 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 13, lid 1 en 2 Dienstenwet van 26 maart 2010.

(“richtlijn 2006/123/EG”)²²³ is van toepassing “op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd”, met dien verstande dat een dienst “elke economische activiteit, anders dan in loondienst, die gewoonlijk tegen vergoeding geschiedt, zoals bedoeld in artikel [57 VwEU (oud art. 50 VEG)]” omvat.²²⁴ Deze definitie sluit aan bij het VwEU en bij de rechtspraak van het Hof van Justitie.²²⁵

Het ligt voor de hand: aangezien deze richtlijn van toepassing is op diensten, is ze niet van toepassing op goederen.²²⁶ Een overweging van richtlijn 2006/123/EG bevestigt dit uitdrukkelijk: “Deze richtlijn heeft geen betrekking op de toepassing van de artikelen [24 tot 36 VwEU (oud art. 28 tot 30 VEG)] over het vrij verkeer van goederen. De beperkingen die als gevolg van de bepaling over het vrij verrichten van diensten verboden zijn, betreffen eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten en niet eisen ten aanzien van de goederen zelf”.²²⁷

De Commissie voegt eraan toe dat “eisen die beperkingen stellen aan het gebruik van apparatuur die voor de verrichting van een dienst noodzakelijk is, van invloed zijn op de uitoefening van een dienstenactiviteit en daarom onder de Dienstenrichtlijn vallen”.²²⁸ Dit valt ook samen met de rechtspraak van het Hof van Justitie, die het beginsel erkent dat de bijzaak steeds de hoofdzaak volgt (nr. 36). Met betrekking tot onderhavige bijdrage, zal dan iedere maatregel die van toepassing is op de apparatuur van de foorreiziger die geen activiteit in de kermisgastronomie uitoefent (bv. veiligheidsregels van toepassing op “thrill rides” en achtbanen²²⁹; controle om fraude te voorkomen; enz.) onderworpen zijn aan richtlijn 2006/123/EG. Strikt genomen beoogt deze maatregel weliswaar goederen, doch deze zijn de bijzaak van de dienstenactiviteit van de foorreiziger. Het is dan ook logisch om deze maatregel aan richtlijn 2006/123/EG te onderwerpen.

67. Verschillende bepalingen van richtlijn 2006/123/EG sommen de talrijke dienstencategorieën op die buiten haar toepassingsgebied vallen.²³⁰ In verband met onderhavige bijdrage valt te noteren dat onder andere volgende activiteiten zijn uitgesloten: “gokactiviteiten die erin bestaan dat een financiële waarde wordt ingezet bij kansspelen, met inbegrip van loterijen, gokken in casino's en weddenschappen”.²³¹

Daarover merkt de Europese Commissie op dat deze bepaling van het toepassingsgebied van de richtlijn het volgende uitsluit: “getalspellen als loterijen, kraskaarten, spelen in casino's en inrichtingen met een vergunning, weddenschappen, bingo-diensten en gokdiensten door en ten behoeve van liefdadige instellingen of organisaties zonder winstoogmerk. Behendigheids spelen, speelautomaten

²²³ Pb.L. 27 december 2006, afl. 376, 36.

²²⁴ Art. 2.1 en 4.1 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 2, 1° Dienstenwet van 26 maart 2010.

²²⁵ B. VAN ORMELINGEN, “Le domaine de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur”, *Ann.dr.Louvain* 2006, 351 (die opmerkt dat, in tegenstelling tot het VwEU, de richtlijn omvat in haar definitie van “dienst”, deze van vestiging); M. FALLON en A.C. SIMON, “La directive ‘services’: quelle contribution au marché intérieur?”, *JTDE* 2007, nr. 5, p. 34; EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 10; A.-L. SIBONY en A. DEFOSSEZ, “Liberté d'établissement et libre prestation de services”, *R.T.D.eur.* 2009, 511 e.v.

²²⁶ C. BARNARD, “Unravelling the services directive”, *C.M.L.Rev.* 2008, 334.

²²⁷ Overweging nr. 76 van richtlijn 2006/123/EG.

²²⁸ EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 14.

²²⁹ Cf. in het bijzonder KB van 18 juni 2003 betreffende de uitbating van kermistoestellen (BS 17 juli 2003). In deze bijdrage wordt niet onderzocht of dat besluit in overeenstemming is met het Europees recht.

²³⁰ Cf. in het bijzonder art. 2, 3 en 17 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 2, 3 en 16 Dienstenwet van 26 maart 2010.

²³¹ Art. 2.2, h) richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 3, § 1, 8° Dienstenwet van 26 maart 2010.

die geen prijzen uitkeren of slechts prijzen uitkeren in de vorm van vrije spelen en reclamespelen die uitsluitend zijn bedoeld om de verkoop van goederen of diensten te bevorderen vallen daarentegen niet onder de uitsluiting. Verder vallen andere diensten die in casino's worden verricht, bijvoorbeeld de verkoop van voedsel en dranken, ook niet onder de uitsluiting en moeten zij onder de implementatiemaatregelen vallen".²³²

b) Vergunningstelsel (art. 9 van de richtlijn)

68. Richtlijn 2006/123/EG omschrijft het vergunningstelsel als zijnde *“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”*.²³³

69. Een dergelijk vergunningstelsel is enkel door de richtlijn toegelaten als het niet discriminerend is, een doelstelling van algemeen belang beoogt en het evenredigheidsbeginsel naleeft.²³⁴

Bovendien dient de vergunning te worden afgeleverd op basis van criteria die niet discriminatoir, gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang, evenredig, duidelijk, objectief, vooraf openbaar bekendgemaakt, transparant en toegankelijk zijn; die criteria mogen maatregelen die op de dienstverrichter in zijn lidstaat van oorsprong van toepassing zijn, niet overlappen²³⁵ (nr. 61).

Richtlijn 2006/123/EG bepaalt nog dat, *“wanneer het aantal beschikbare vergunningen voor een activiteit beperkt is door schaarste van de beschikbare natuurlijke hulpbronnen of de bruikbare technische mogelijkheden, [maakt de lidstaat die de vergunning aflevert] een selectie uit de gegadigden volgens een selectieprocedure die alle waarborgen voor onpartijdigheid en transparantie biedt, met inbegrip van met name een toereikende bekendmaking van de opening, uitvoering en afsluiting van de procedure”*.²³⁶ Sommige elementen van de wet van 25 juni 1993 (nr. 32) sluiten aan bij dat aspect van het afgeleid recht, dat trouwens is geïnspireerd op de algemene verplichting tot oproep tot mededinging van het primair Europees recht²³⁷ (nr. 52).

Dit aspect van het internrechtelijke regime sluit aan bij de algemene verplichting tot oproep tot mededinging van het primair Europees recht (nr. 52), die trouwens herhaald wordt in richtlijn 2006/123/EG (nr. 69). De overeenstemming van dit regime met het Europees recht hangt echter af van een onderzoek van de concrete modaliteiten voorzien door het gemeentelijk reglement.

²³² EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 12-13. De verkoop van voedsel en dranken kan enkel onder het vrij verrichten van diensten (en onder richtlijn 2006/123/EG) vallen indien ze ondergeschikt is aan een dienstverrichting. Anders valt ze onder het vrij verkeer van goederen en ontsnapt ze aan het toepassingsgebied van richtlijn 2006/123/EG – cf. hierboven.

²³³ Art. 4.6 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 2, 7° Dienstenwet van 26 maart 2010.

²³⁴ Art. 9.1 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 4, lid 1 Dienstenwet van 26 maart 2010.

²³⁵ Art. 10.2 en 10.3 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 5 en 7 Dienstenwet van 26 maart 2010.

²³⁶ Art. 12.1 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 13 Dienstenwet van 26 maart 2010.

²³⁷ A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Brussel, Larcier, 2006, nr. 84-85, p. 104-108 en nrs. 356-357, p. 380-382; D. D'HOOGHE en S. JOCHEMS, “De gunning van overheidscontracten in het algemeen”, in *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 57-76.

Het bovenstaande herneemt precies de algemene bewoordingen van het regime van de belemmeringen in het primair recht.²³⁸

c) Eisen (art. 16 van de richtlijn)

70. De eisen worden door richtlijn 2006/123/EG als volgt gedefinieerd: *“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 in collectieve arbeidsovereenkomsten waarover door de sociale partners is onderhandeld, worden als zodanig niet als eisen in de zin van deze richtlijn beschouwd”*.²³⁹

De richtlijn verbiedt iedere aldus omschreven eis die van toepassing is op *“de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit”*²⁴⁰, *tenzij* deze eis niet discriminerend, noodzakelijk, evenredig en *“gerechtvaardigd om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu”* is.²⁴¹

De Europese Commissie merkt in dat verband op dat *“de begrippen “openbare orde”, “openbare veiligheid” en “volksgezondheid” afkomstig zijn uit het Gemeenschapsrecht en rechtstreeks zijn gebaseerd op artikel [52 VwEU (oud art. 46 VEG)]. Deze begrippen zijn door het Hof van Justitie altijd in enge zin geïnterpreteerd, wat wil zeggen dat er sprake moet zijn van een werkelijke en ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving en dat de lidstaat die zich op deze doelen van algemeen belang beroept de desbetreffende risico's moet aantonen”*.²⁴² Dit sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie in dit verband²⁴³ (nr. 56).

De opsomming van de rechtvaardigingsgronden door artikel 16 van de richtlijn is echter controversieel. Volgens de Commissie²⁴⁴ kan geen andere doelstelling van algemeen belang een eis in de zin van richtlijn 2006/123/EG (d.w.z. een belemmering op de vrije verrichting van diensten) rechtvaardigen; artikel 16 van de richtlijn zou dus de rechtvaardigingsgronden beperken en de *“dwingende redenen van algemeen belang”* zoals uitgelegd door de rechtspraak van het Hof van Justitie uitsluiten.

De rechtsleer is minder categorisch.²⁴⁵ Er dient immers te worden opgemerkt dat:

- het Hof van Justitie zijn rechtspraak m.b.t. de *“dwingende redenen van algemeen belang”* op het huidige verdrag betreffende de werking van de Europese Unie baseert. Deze

²³⁸ M. FALLON en A.C. SIMON, “La directive ‘services’: quelle contribution au marché intérieur?”, *JTDE* 2007, nr. 25, p. 39; C. BARNARD, “Unravelling the services directive”, *C.M.L.Rev.* 2008, 353, 359 en 393. Cf. ook art. 10.2 b), art. 4.8 en overweging nr. 40 van richtlijn 2006/123/EG – beide bepalingen werden in het Belgisch recht omgezet door art. 5, lid 2, 2° en door art. 2, 9° Dienstenwet van 26 maart 2010.

²³⁹ Art. 4.7 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 2, 8° Dienstenwet van 26 maart 2010.

²⁴⁰ Art. 16.1 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 15, § 1 Dienstenwet van 26 maart 2010.

²⁴¹ Art. 16.1, lid 3, b en art. 16.3 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 15, § 1, 2° Dienstenwet van 26 maart 2010.

²⁴² EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 38.

²⁴³ Te noteren valt dat overweging 41 van richtlijn 2006/123/EG het dierenwelzijn in het begrip “openbare orde” sluit.

²⁴⁴ EUROPESE COMMISSIE, *Handboek ...*, o.c., p. 38: *“Lidstaten kunnen dus geen andere doelen van algemeen belang aanvoeren”*.

²⁴⁵ Cf. voetnoot 252.

rechtvaardigingsgronden maken dus integraal deel uit van het primair recht (het verdrag, zoals uitgelegd door het Hof);

- de rechtspraak van het Hof van Justitie m.b.t. de “dwingende redenen van algemeen belang” werd uitgewerkt terwijl het huidige verdrag betreffende de werking van de Europese Unie daarover geen uitdrukkelijke bepaling bevatte. M.a.w. zou de tekst van artikel 16 van de richtlijn niet kunnen beletten dat andere rechtvaardigingsgronden (dan zij die er uitdrukkelijk in vermeld worden) worden ingeroepen;
- het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, heeft in principe voorrang op het afgeleid recht (waarvan richtlijn 2006/123/EG deel uitmaakt). M.a.w. is het afgeleid recht in principe onderworpen aan het primair recht (het VwEU zoals uitgelegd door het Hof van Justitie).²⁴⁶ Richtlijn 2006/123/EG bevestigt dit duidelijk in de bepaling: “*lidstaten passen deze richtlijn toe met inachtneming van de verdragsregels over de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten*”.²⁴⁷ Verschillende overwegingen van richtlijn 2006/123/EG begrijpen het door de richtlijn voorziene regime overigens als een bevestiging van de rechtspraak van het Hof van Justitie²⁴⁸;
- de rechtspraak van het Hof van Justitie verwacht soms beide categorieën van rechtvaardigingen: zo kwalificeert het Hof de bescherming van volksgezondheid als een dwingende reden van algemeen belang²⁴⁹, terwijl deze in het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt vermeld²⁵⁰;
- de door artikel 16 van richtlijn 2006/123/EG weerhouden rechtvaardigingsgronden doen vragen rijzen: de bescherming van het milieu wordt niet vermeld als een door het verdrag uitdrukkelijk bepaalde rechtvaardigingsgrond van algemeen belang. Daarentegen is de bescherming van de consument een in de rechtspraak van het Hof van Justitie vaak voorkomende doelstelling van algemeen belang: kan deze rechtvaardigingsgrond echt niet ingeroepen worden in het kader van de toepassing van de richtlijn?

Het zal hoe dan ook aan het Hof van Justitie toekomen om deze vraag m.b.t. de beperking van de rechtvaardigingsgronden door richtlijn 2006/123/EG te beantwoorden. Sommige auteurs menen dat deze beperking overeenstemt met het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie²⁵¹, terwijl

²⁴⁶ Volgens vaste rechtspraak dienen de bepalingen van het afgeleid recht in overeenstemming met het primaire recht te worden uitgelegd en toegepast (cf. HvJ 13 december 1983, *Commissie t. Raad*, 218/82, *Jur.* 1983, p. 4063, punt 15; HvJ 26 juni 2007, *Orde van Franstalige en Duitstalige balies e.a.*, C-305/05, *Jur.* 2007, p. I-5305, punt 28; HvJ 19 november 2009, *Sturgeon e.a.*, C-402/07 en C-432/07, *Jur.* 2009, p. I-10923, punt 48). Ook in die zin: M. FALLON, *o.c.*, p. 136: “*le droit dérivé doit s’interpréter d’une manière compatible avec le droit primaire*”. Voor een grondige analyse, cf. K.E. SORENSEN, “Reconciling secondary legislation and the Treaty rights of free movement”, *ELR* 2011, 339-361.

²⁴⁷ Art. 3.3 richtlijn 2006/123/EG, niet overgenomen in de Dienstenwet van 26 maart 2010.

²⁴⁸ Overwegingen nr. 23, 34, 37, 40, 41, 56, 69, 71, 77, 79, 82 en 89 van richtlijn 2006/123/EG. Cf. ook: EUROPESE COMMISSIE, *Handboek ...*, *o.c.*, waarin de Commissie naar tal van arresten van het Hof van Justitie verwijst om de richtlijn 2006/123/EG uit te leggen.

²⁴⁹ Zie bijvoorbeeld : HvJ 19 mei 2009, *Commissie t. Italië*, C-531/06, *Jur.* 2009, p. I-04103, punt 51; HvJ 19 mei 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes*, gev. zaken C-171/07 et C-172/07, *Jur.* 2009, p. I-04171, punt 27.

²⁵⁰ Art. 36 en 52 VwEU (oud art. 30 en 46 VEG).

²⁵¹ K. PEGLOW, “La libre prestation de services dans la directive nr. 2006/123/CE – Réflexion sur l’insertion de la directive dans le droit communautaire existant”, *R.T.D. eur.* 2008, 67 e.v. (in het bijz. paragraaf nr. 70); S. D’ACUNTO, “Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points”, *RDUE* 2007, 269 en 302 (Te noteren valt dat de Heer D’Acunto lid van de D.G. Interne markt van de Europese Commissie is. Het is dan ook geen verrassing dat

andere (o.i. terecht) stellen dat de omstandigheid dat de richtlijn 2006/123/EG geen volledige harmonisering verwezenlijkt van de materies die ze regelt, het Hof ertoe zou leiden te aanvaarden dat een “eis” (belemmering) wordt gerechtvaardigd omwille van “dwingende redenen van algemeen belang”, ondanks de tekst van artikel 16 van de richtlijn zoals uitgelegd door de Commissie.²⁵²

d) Uitsluiting

71. De potentieel zeer ruime draagwijdte van de begrippen diensten, vergunningstelsel en eisen in richtlijn 2006/123/EG kon ertoe leiden dat maatregelen die tot nu toe nooit als strijdig met het Europees recht waren beschouwd, in het gedrang zouden kunnen komen. De verplichting om in continentaal Europa rechts te rijden zou bijvoorbeeld strikt genomen kunnen worden beschouwd als een belemmering van de vrije verrichting van diensten van de Britse bestuurders.²⁵³ Overweging nr. 9 van richtlijn 2006/123/EG werd dan ingevoegd om de omtrek van de vrije verrichting nader te bepalen: *“Deze richtlijn is alleen van toepassing op eisen met betrekking tot de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit. Deze richtlijn is derhalve niet van toepassing op eisen zoals verkeersregels, regels betreffende de ontwikkeling of het gebruik van land, voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw, en evenmin op administratieve sancties wegens het niet naleven van dergelijke voorschriften die de dienstenactiviteit niet specifiek regelen of daarop specifiek van invloed zijn, maar die de dienstverrichters bij de uitvoering van hun economische activiteit in acht dienen te nemen op dezelfde wijze als natuurlijke personen die als particulier handelen”*.

De uitsluiting bevat echter onzekerheden, want volgens de Commissie: *“[I]s het echter duidelijk dat het enkele feit dat voorschriften een specifieke benaming krijgen, bijvoorbeeld voorschriften inzake ruimtelijke ordening, of dat eisen in algemene zin worden geformuleerd, dus niet specifiek zijn gericht op dienstverrichters, onvoldoende reden is om te zeggen dat zij niet onder de Dienstenrichtlijn vallen. In feite moeten de daadwerkelijke effecten van de desbetreffende eisen worden beoordeeld om vast te stellen of zij al dan niet algemeen van aard zijn. Bij de implementatie van de richtlijn moeten lidstaten dus rekening houden met het feit dat wetgeving onder de vlag van “voorschriften voor ruimtelijke ordening” of “bouwnormen” eisen kan bevatten waarmee dienstenactiviteiten specifiek worden gereguleerd en die dus onder de Dienstenrichtlijn vallen. Zo vallen bijvoorbeeld voorschriften over de maximale oppervlakte van bepaalde winkelbedrijven, ook wanneer zij zijn opgenomen in algemene wetgeving voor ruimtelijke ordening, onder de verplichtingen van het vestigingshoofdstuk van de richtlijn”*.²⁵⁴

IV.B. Toepassing op het onderhavige geval

a) Diensten wel, goederen niet

zijn uitleg van de richtlijn aansluit bij deze van de Commissie in haar *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*.

²⁵² V. HATZOPOULOS, “Que reste-il de la directive sur les services?”, *CDE* 2007, 324; *Ibid.*, “Assessing the Services Directive (2006/123/EC)”, in C. BARNARD (ed.), *The Cambridge yearbook of European law*, 2008, Oxford, Hart publishing, 245, voetnoot 170; Ch. LEMAIRE, “La directive, la liberté d’établissement et la libre prestation de services. Confirmations, innovations”, *Europe* 2007, 21 (gecit. door HATZOPOULOS, o.c., *CDE* 2007, p. 324, voetnoot 76). In dezelfde zin, doch aarzelender: C. BARNARD, “Unravelling the services directive”, *C.M.L.Rev.* 2008, 367; M. FALLON en A.C. SIMON, “La directive ‘services’: quelle contribution au marché intérieur?”, *JTDE* 2007, nr. 34, p. 42. Vergelijk met G. DAVIES, “The Services Directive: extending the country of origin principle, and reforming public administration”, *E.L. Rev.* 2007, 234-236.

²⁵³ Voorbeeld voorgesteld door C. BARNARD, “Unravelling the services directive”, *C.M.L.Rev.* 2008, 336-337, die eraan herinnert dat de moeilijkheid om redelijke beperkingen van ruime definities vast te leggen, allang bekend is. Dezelfde moeilijkheid ligt aan de oorsprong van de Keck-rechtspraak (nr. 40).

²⁵⁴ EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 15.

72. In het onderhavige geval zijn de onderzochte maatregelen (*nr. 34*) onderworpen aan richtlijn 2006/123/EG wanneer ze betrekking hebben op de verrichting van diensten. Dit is het geval wanneer deze maatregelen van toepassing zijn op marktcrammers die *diensten* aanbieden – doch niet aan degenen die *goederen* verkopen (*nr. 36*).

De onderzochte maatregelen zouden weliswaar onder de verkeersregels of voorschriften inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw kunnen vallen (*nr. 58*), die allebei van het toepassingsgebied van richtlijn 2006/123/EG worden uitgesloten op grond van overweging nr. 9 (*nr. 71*). Vereist is echter dat de bedoelde maatregelen van toepassing zijn op iedere persoon, met inbegrip van “*natuurlijke personen die als particulier handelen*” zoals voorzien door de overweging. De onderzochte maatregelen lijken echter specifiek betrekking te hebben op de dienstenactiviteit van de marktcrammers, en kunnen bijgevolg niet vallen onder de uitsluiting voorzien in overweging nr. 9.

b) Vergunningstelsel

73. Onder de onderzochte maatregelen (*nr. 34*) zijn er twee die een vergunningstelsel in de zin van richtlijn 2006/123/EG uitmaken²⁵⁵:

- a) vanzelfsprekend het *voorafgaande vergunningstelsel* (verbod om deze activiteiten uit te voeren zonder machtiging te hebben gekregen van de gemeente of van het ondernemingsloket); en
- b) het *activiteitenverbod buiten de markt* (verbod dat slechts betrekking heeft op de uitoefening van ambulante activiteiten (i) buiten bepaalde periodes en/of (ii) buiten bepaalde zones en/of (iii) buiten de (periodieke) gemeentelijke markt), doch enkel in de mate dat de marktcrammer verplicht is zich tot de gemeente (of tot de onderneming die de gemeentelijke markt voor rekening van de gemeente organiseert) te richten om een standplaats binnen de markt te bekomen.

Zoals hoger uitgelegd (*nr. 69*) sluit richtlijn 2006/123/EG hiermee aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie (algemene verplichting tot oproep tot mededinging van het primair Europees recht). De door het Hof uitgewerkte oplossingen, afgeleid van het huidige verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en die we hierboven onderzocht hebben (*afdelingen II en III*) zijn dan ook van toepassing onder richtlijn 2006/123/EG.

c) Eisen

74. Richtlijn 2006/123/EG verbiedt eisen met betrekking tot “*de toegang tot en de uitoefening van een dienstenactiviteit*”, die discriminerend, overbodig en disproportioneel zijn.²⁵⁶ Het begrip “eisen” wordt door de richtlijn zeer ruim opgevat²⁵⁷ en kan bijgevolg op de onderzochte maatregelen worden toegepast (*nr. 34*).

Al deze maatregelen vallen immers onder de (zeer ruime) omschrijving van de eis in de zin van de richtlijn en zijn van toepassing op de toegang en de uitoefening van de dienstenactiviteit van de marktcrammers. De onderzochte maatregelen zouden in principe niet als discriminerend moeten

²⁵⁵ Art. 4.6 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 2, 7° Dienstenwet van 26 maart 2010: onder “vergunningstelsel” wordt 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*”.

²⁵⁶ Art. 16.1, lid 3 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 15, § 1 Dienstenwet van 26 maart 2010.

²⁵⁷ Onder “eis” 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 ...*” (Art. 4.7 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 2, 8° Dienstenwet van 26 maart 2010).

worden beschouwd (*nr. 53*) noch als overbodig/disproportioneel – met uitzondering van het totale verbod (*nr. 62*). Een onderzoek van de concrete modaliteiten voorzien door het gemeentelijk reglement is echter vereist en zou tot de vaststelling kunnen leiden dat de onderzochte maatregelen door richtlijn 2006/123/EG verboden eisen uitmaken.

75. In voorkomend geval zal deze vaststelling van belang zijn, aangezien – in tegenstelling tot wat voorzien is voor het vergunningstelsel – richtlijn 2006/123/EG dan de rechtvaardigingsgronden beperkt: de dwingende redenen van algemeen belang staan niet vermeld in artikel 16.3 van de richtlijn, dat enkel de “*redenen van openbare orde, openbare veiligheid, de volksgezondheid of de bescherming van het milieu*” vermeldt. Hoger hebben we gezien dat deze beperking van de rechtvaardigingsgronden controversieel is in de rechtsleer (*nr. 70*). Los daarvan pleiten verschillende argumenten voor de toepassing – zelfs onder richtlijn 2006/123/EG – van de (op basis van het verdrag) door het Hof uitgewerkte rechtvaardigingsgronden (*nr. 58*).

Eenzijds dient een maatregel, zodra deze als een “vergunningstelsel” wordt gekwalificeerd (*nr. 68*), aan de kwalificatie van “eis” in de zin van richtlijn 2006/123/EG te ontsnappen. Een bevestiging daarvan is te vinden in artikel 16.2, b) (dat de eisen betreft en) dat verbiedt iedere “*verplichting voor de dienstverrichter bij hun bevoegde instanties een vergunning te verkrijgen (...), behalve wanneer deze richtlijn of een ander communautair instrument daarin voorziet*” (eigen onderlijning). Het verbod van eisen m.b.t. de toegang en uitoefening van dienstenactiviteit (art. 16 van de richtlijn) is met andere woorden niet van toepassing op de vergunningstelsels toegelaten door (art. 9 van) de richtlijn. Aangezien het Belgisch regime door het Hof van Justitie als vergunningstelsel werd gekwalificeerd²⁵⁸, dwingt deze kwalificatie zich tevens op onder richtlijn 2006/123/EG. Bijgevolg mag de wet van 25 juni 1993 niet als een eis in de zin van deze richtlijn worden beschouwd.

Anderzijds pleiten de argumenten van de rechtsleer in verband met de beperking van de rechtvaardigingsgronden door richtlijn 2006/123/EG (hiërarchie van de rechtsnormen: het VwEU zoals uitgelegd door het Hof van Justitie heeft voorrang op een norm van afgeleid recht; afwezigheid van uitdrukkelijke norm in het VwEU i.v.m. de “dwingende redenen van algemeen belang”; enz.) voor de mogelijkheid om “dwingende redenen van algemeen belang” in te roepen, ondanks de tekst van artikel 16 van de richtlijn zoals uitgelegd door de Commissie.

IV.C. De wet van 25 juni 1993 en richtlijn 2006/123/EG

76. Te noteren valt dat de “*redenen van openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument*” in de zin van de wet van 25 juni 1993²⁵⁹ (zoals gewijzigd in 2005) niets te maken hebben met de “*redenen van openbare orde of openbare veiligheid, de bescherming van de volksgezondheid of het milieu*” van richtlijn 2006/123/EG.²⁶⁰ De bewoordingen zijn met elkaar verwant en dienen eigenlijk allebei om een belemmering van het vrij verkeer te rechtvaardigen. Ze werden echter goedgekeurd op verschillende tijdstippen (de Belgische wet dateert van vóór de richtlijn) en in aparte contexten (de Belgische wet heeft zowel betrekking op diensten en goederen, terwijl de richtlijn enkel de diensten betreft): *ze betreffen bijgevolg niet dezelfde rechtvaardigingsgronden van belemmeringen.*

77. De wet van 25 juni 1993 (*nr. 12*) is in het kader van de omzetting van richtlijn 2006/123/EG in het Belgisch recht door een wet van 22 december 2009 gewijzigd²⁶¹; de wetswijziging is in werking

²⁵⁸ HvJ 26 mei 2005, *Burmanjer e.a.*, C-20/03, *Jur.* 2005, p. I-4133.

²⁵⁹ Art. 6 wet van 25 juni 1993.

²⁶⁰ Art. 16.1, lid 3, b en art. 16.3 richtlijn 2006/123/EG, omgezet in het Belgisch recht door art. 15, § 1, 2° Dienstenwet van 26 maart 2010. Hoger hebben we gezien dat deze bepaling de rechtvaardigingsgronden van de belemmeringen beperkt en dat deze beperking controversieel is (*nr. 70*).

²⁶¹ Wet van 22 december 2009 tot aanpassing van sommige wetgevingen aan de richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (*BS* 29 december 2009). Het gaat om een van de

getreden op 28 december 2009.²⁶²

Deze recente wetswijziging heeft niets veranderd aan de “*redenen van openbare orde, volksgezondheid of bescherming van de consument*” in de zin van de wet van 25 juni 1993.²⁶³

De memorie van toelichting van voornoemde wet van 22 december 2009 luidt als volgt:

“Artikel 9, § 4 van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en organisatie van ambulante en kermisactiviteiten biedt de gemeente de mogelijkheid om zich op haar openbaar domein van een alternatieve ter plaatse opgezette handel te voorzien die het aanbod van de sedentaire handel in functie van de specifieke plaatselijke behoeften en de bestaande commerciële infrastructuur aanvult.

Op deze basis kan de gemeente de toelating tot de uitoefening van de gevraagde activiteit weigeren indien deze van aard is om het bestaande commerciële en kermisaanbod in gevaar te brengen, wat strijdig is met artikel 14, 5° van de dienstenrichtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt”.²⁶⁴

“Artikel 10bis van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening en organisatie van ambulante en kermisactiviteiten biedt de gemeente de mogelijkheid om op privé plaatsen een alternatieve ter plaatse opgezette handel toe te laten die de sedentaire handel aanvult in functie van de specifieke plaatselijke behoeften en de bestaande commerciële infrastructuur.

Op deze basis kan de gemeente de toelating tot de uitoefening van de gevraagde activiteit weigeren indien deze van aard is om het bestaande commerciële en kermisaanbod in gevaar te brengen, wat strijdig is met artikel 14, 5° van de dienstenrichtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende de diensten op de interne markt”.²⁶⁵

78. Artikel 14, 5° van richtlijn 2006/123/EG verbiedt immers iedere eis die voorziet:

“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 markt vraag 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”.

De Commissie voegt er in dat verband aan toe dat:

“Economische criteria bestaan in sommige lidstaten, met name in de handelssector (bijvoorbeeld voor het openen van supermarkten, winkelcentra enz.) en verplichten

drie omzettingsmaatregelen goedgekeurd door de Belgische wetgever; de voornaamste is de Dienstenwet van 26 maart 2010 (BS 30 april 2010). Over deze wet cf. E. PIETERS, “La loi du 26 mars 2010 sur les services”, *TBH* 2010, p. 745-768.

²⁶² Art. 10 en 19 van de wet van 22 december 2009.

²⁶³ Art. 6 wet van 25 juni 1993, zoals ingevoegd door art. 9 van de wet 4 juli 2005 tot wijziging van de wet van 25 juni 1993 betreffende de uitoefening van ambulante activiteiten en de organisatie van openbare markten.

²⁶⁴ Wet van 22 december 2009, memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer 2009-10, nr. 52–2275/001, 9-10.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 10.

*dienstverrichters vaak om kostbare en tijdrovende economische onderzoeken te laten uitvoeren waarvan de uitkomst doorgaans onzeker is. Dergelijke criteria zijn bijzonder belastend voor dienstverrichters en leiden al snel tot willekeur. Zij vertragen de vestiging van dienstverrichters aanzienlijk en kunnen de vestiging van nieuwkomers zelfs ronduit belemmeren. In de praktijk moeten dienstverrichters op grond van dergelijke regelingen vaak gegevens verstrekken (waaronder prognoses voor vraag en aanbod, de economische effecten van de nieuwe onderneming op marktdeelnemers die al op de lokale markt aanwezig zijn of het bestaande marktaandeel van de dienstverrichter in een bepaald gebied enz.)”*²⁶⁶

Deze economische criteria leiden in werkelijkheid tot een op economische redenen gegronde belemmering (d.w.z. protectionisme): de bescherming van een bepaalde categorie van ondernemingen. Het Hof van Justitie heeft dat soort van belemmering reeds op basis van het verdrag gesanctioneerd, m.a.w. al vóór de goedkeuring van richtlijn 2006/123/EG, en niet alleen in het kader van de vrije verrichting van diensten²⁶⁷ (de Commissie merkt dit zelf op²⁶⁸). Door het weglaten, in 2009, van de in de wet van 25 juni 1993 bepaalde economische criteria, werd dat luik van het Belgisch recht gewoon aan het primair Europees recht aangepast.

IV.D. Besluit over richtlijn 2006/123/EG

79. Indien voor een cumulatieve toepassing van de regimes van het vrij verkeer van goederen en van de vrije verrichting van diensten op de gemeentelijke markt wordt gekozen, moet worden vastgesteld dat twee van de onderzochte maatregelen (*nr. 34* – met uitzondering van het totale verbod – als “vergunningstelsel” in de zin van richtlijn 2006/123/EG kunnen worden gekwalificeerd. Deze richtlijn legt eigenlijk dezelfde verplichtingen op als de rechtspraak van het Hof: de twee betrokken maatregelen kunnen dus worden gerechtvaardigd omwille van dezelfde dwingende redenen van algemeen belang als op grond van het primair Europees recht (*nrs. 58 en 73*).

Bovendien kunnen alle onderzochte maatregelen “eisen” in de zin van richtlijn 2006/123/EG uitmaken. Deze richtlijn verbiedt discriminerende, overbodige en disproportionele eisen en beperkt de doelstellingen van algemeen belang die ingeroepen kunnen worden om zulke eisen te rechtvaardigen. Behalve het totale verbod zouden de onderzochte maatregelen in principe als niet discriminerend/overbodig/disproportioneel moeten worden beschouwd – onder voorbehoud echter van een onderzoek van de concrete modaliteiten voorzien door het gemeentelijk reglement. Hoe dan ook, zijn we van mening dat de beperking van de doelstellingen van algemeen belang die kunnen worden ingeroepen, kan worden ontweken: enerzijds dient een maatregel, zodra deze als een “vergunningstelsel” wordt gekwalificeerd, aan de kwalificatie van “eis” in de zin van richtlijn 2006/123/EG te ontsnappen; anderzijds pleiten de argumenten van de rechtsleer in verband met de beperking van de rechtvaardigingsgronden door richtlijn 2006/123/EG voor de mogelijkheid om “dwingende redenen van algemeen belang” in te roepen, ondanks de tekst van artikel 16 van de richtlijn zoals uitgelegd door de Commissie. Met andere woorden, mogen de onderzochte maatregelen – ongeacht of ze al dan niet als “eis” gekwalificeerd worden – worden gerechtvaardigd om dezelfde dwingende redenen van algemeen belang als op grond van het primair Europees recht (*nr. 58 en 75*).

²⁶⁶ EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 32.

²⁶⁷ HvJ 19 december 1961, *Commissie t. Italië*, 7/61, *Jur.* 1961, p. 317; HvJ 7 februari 1984, *Duphar*, 238/82, *Jur.* 1984, p. 523; HvJ 16 december 1992, *Commissie t. België*, C-211/91, *Jur.* 1992, p. I-6757; HvJ 5 juni 1997, *SETTG t. Ypourgos Ergasias*, C-398/95, *Jur.* 1997, p. I-3091; HvJ 4 juni 2002, *Commissie t. Portugal*, C-367/98, *Jur.* 2002, p. I-04731. Het Hof van Justitie aanvaardt echter dat doelstellingen die *niet* economisch van aard zijn (nationale veiligheid, bescherming van het milieu, enz.) nagestreefd kunnen worden via *economische* maatregelen (HvJ 10 juli 1984, *Campus Oil*, 72/83, *Jur.* 1984, p. 2727; HvJ 13 maart 2001, *Preussen Elektra*, C-379/98, *Jur.* 2001, p. I-2099).

²⁶⁸ EUROPESE COMMISSIE, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, Luxemburg, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen, 2007, 32.

De onderzochte maatregelen kunnen bijgevolg worden beschouwd als zijnde in overeenstemming met richtlijn 2006/123/EG, waarschijnlijk met uitzondering van het totale verbod (*nrs. 62 en 74*) en onder voorbehoud van een onderzoek van de concrete modaliteiten voorzien door het gemeentelijk reglement.

V. ALGEMEEN BESLUIT

80. De tegenstelling tussen de wil van ondernemers om meer vrijheid van ondernemen te hebben en de wil van de overheid (eventueel met de steun van de ondernemers die zij beschermt) om hun invloedsfeer te behouden, is doorheen de vraagstelling van het verbod of de rechtvaardiging van belemmeringen van het vrij verkeer in het Europees recht terug te vinden. Deze tegenstelling gaat gepaard met niet-commerciële overwegingen (openbare rust, het verdelen van de openbare ruimte, enz.) die de basis vormen van het rechtvaardigingssysteem van verboden belemmeringen. Deze elementen zijn ook terug te vinden in het intern Belgisch recht, in de zoektocht naar een compromis tussen de administratieve politiebevoegdheid van de gemeente, de vrijheid van handel en nijverheid en de grondwettelijke vrijheid van komen en gaan; de ambulante handel is er de perfecte illustratie van.

Het intern recht laat een gemeente toe om tussen te komen met naleving van de voorwaarden vastgelegd in de Nieuwe Gemeentewet en in de wet van 25 juni 1993 (algemene of bijzondere administratieve politie, naargelang het geval).

81. Het Europees recht doet geen afbreuk aan deze bevoegdheid. Het Europees recht verplicht de gemeente evenwel om een of meer dwingende redenen van algemeen belang in te roepen wanneer ze de ambulante activiteiten op haar grondgebied beperkt (materiële motiveringsplicht).

Nader onderzoek van het primair recht heeft weliswaar discrepanties aan het licht gebracht, al naargelang de onderzochte maatregel onder het vrij verkeer van goederen of diensten valt. In het eerste geval ontsnapt de maatregel aan het vrij verkeer omdat het als een maatregel m.b.t. verkoopmodaliteiten in de zin van de Keck-rechtspraak wordt beschouwd. In het tweede geval ontsnapt de maatregel niet aan het vrij verkeer, doch is hij niet verboden indien hij kan worden gerechtvaardigd. Hoe dan ook is het bekomen resultaat in beide gevallen identiek: de bedoelde maatregel is niet strijdig met het Europees recht.

Richtlijn 2006/123/EG tast dit resultaat niet aan. Deze richtlijn heeft in ieder geval enkel betrekking op maatregelen die *diensten* (en niet goederen) betreffen. Bovendien herneemt de richtlijn, wat de vergunningstelsels betreft, het primair recht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. De onderzochte maatregelen die als eisen in de zin van richtlijn 2006/123/EG kunnen worden beschouwd, lijken niet discriminerend/overbodig/disproportioneel te zijn, waarschijnlijk met uitzondering van het totale verbod; ze zijn dus niet verboden door de richtlijn of kunnen ten minste worden gerechtvaardigd om dwingende redenen van algemeen belang.

Dit dient natuurlijk nader te worden onderzocht in het kader van een analyse van de concrete modaliteiten vastgelegd in het gemeentelijk reglement.

82. Daaruit volgt onder andere dat een gemeente de ambulante handel die op een tijdelijk vaste wijze wordt uitgeoefend op het openbaar domein mag regelen. Ze mag tevens een gemeentelijke markt organiseren en de uitoefening van ambulante activiteiten uitgeoefend op een vaste wijze buiten deze markt verbieden omwille van redenen in verband met verkeersveiligheid, sociaal beleid en preventie van fraude (en zelfs criminaliteitsbestrijding), bescherming van de intellectuele eigendomsrechten, consumentenbescherming, voorkoming van oneerlijke concurrentie en beleid

inzake ruimtelijke ordening. We herinneren er in dat opzicht aan dat het Hof van Justitie zelf de grote betekenis van een dergelijke markt voor het algemeen belang heeft benadrukt:

*“de organisator van dergelijke evenementen, die fabrikanten en handelaars op één plaats bijeenbrengt, handelt namelijk niet alleen in het bijzondere belang van laatstgenoemden, die zo de gelegenheid krijgen om hun producten en handelswaar te presenteren, maar verschaft ook de consumenten die deze evenementen bezoeken de nodige informatie, zodat zij onder optimale omstandigheden hun keuze kunnen maken. Van de impuls die ervan uitgaat voor de handel, kan worden gesteld dat deze het algemeen belang betreft”*²⁶⁹.

*

*

*

²⁶⁹HvJ 10 mei 2001, *Agorà e.a.*, gev. zaken C-223/99 en C-260/99, *Jur.* 2001, p. I-03605, punt 34.