

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 133.646 van 8 juli 2004
in de zaken A. 106.666/XII-3182
106.788/XII-3185.**

In zake : de NV MEESY'S,
die woonplaats kiest bij
advocaat A. Flieger,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 82

tegen :

de STAD ANTWERPEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat Chr. Coen,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 210 A.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat NV Meesy's op 30 juni 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 21 mei 2001 van de gemeenteraad van Antwerpen houdende de vaststelling van de criteria die zullen gehanteerd worden bij het sluiten van convenants met lunaparken (A.106.666/XII-3182);

Gezien het verzoekschrift dat de NV Meesy's eveneens op 30 juni 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 18 juni 2001 van de gemeenteraad van Antwerpen om geen convenant met haar te sluiten voor een kansspelinrichting klasse II op het adres Kaasrui 11 te Antwerpen (A.106.788/XII-3185);

Gelet op het arrest nr. 104.314 van 15 maart 2002 waarbij de vorderingen tot schorsing in de zaken A.106.666/XII-3182 en A. 106.788/XII-3185 worden gevoegd en de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt bevolen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 4 april 2002 ingediend door de verwerende partij;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. De Somere;

Gelet op de beschikking van 22 september 2003 tot voeging van de zaken;

Gelet op de beschikking van 22 september 2003 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van de dossiers gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 23 februari 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 mei 2004;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Malumgré, die loco advocaat P. Flieger verschijnt voor verzoekster, en van advocaat J. De Ridder, die loco advocaat Chr. Coen verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. De Somere;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Overwegende dat verzoekster een speelautomatenhal exploiteert te Antwerpen, Kaasrui 11; dat de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers de uitbating van een kansspelinrichting klasse II of speelautomatenhal onderwerpt aan een voorafgaande schriftelijke vergunning klasse B en bepaalt dat zij moet gebeuren krachtens een convenant met de gemeente; dat verzoekster op 3 januari 2001 aan de verwerende partij vraagt een convenant te sluiten;

Overwegende dat op 21 mei 2001 de gemeenteraad de criteria vastlegt die gehanteerd zullen worden bij het sluiten van convenants met lunaparken; dat hij onder meer besluit “voor de lunaparken een concentratiebeleid te voeren, met de concentratie van het toegelaten aantal lunaparken op de 2 assen Breydelstraat-Statiestraat, met uitsluiting van de hoekpanden, respectievelijk de hoeken: Gemeentestraat/Breydelstraat; Koningin Astridplein/Statiestraat; De Keyserlei/Breydelestraat; Statiestraat/Anneessensstraat, waarbij de in- en uitgangen zich binnen het concentratiegebied moeten bevinden”; dat dit het voorwerp van het eerste besproken beroep is; dat op 18 juni 2001 de gemeenteraad beslist geen convenant met verzoekster te sluiten omdat haar uitbating niet voldoet “aan het criterium van de vestigingsplaats voor het uitbaten van een kansspelinrichting klasse II zoals gesteld in het raadsbesluit van 21 mei 2001”; dat die beslissing het tweede bestreden besluit is;

Overwegende dat op 13 oktober 2003 de gemeenteraad van Antwerpen opnieuw weigert een convenant met verzoekster te sluiten voor een kansspelinrichting aan de Kaasrui 11, dit keer om reden van de van andere kansspelinrichtingen geïsoleerde ligging, de nabijheid van zekere plaatsen en instellingen, de negatieve sociale belasting van de achterliggende omgeving en de ligging in het hart van het oude cultuurhistorische centrum van de stad; dat verzoekster tegen het besluit het beroep gekend onder nr. A.144.944/XII-4001 instelt;

2. Overwegende dat verwerende partij in de memorie van antwoord de ontvankelijkheid betwist van het beroep tegen de gemeenteraadsbeslissing van 21 mei 2001, zijnde de eerste aangevochten beslissing; dat zij doet gelden dat het geen uitvoerbare administratieve rechtshandeling betreft, maar een beleidsverklaring zonder enige bindende kracht en dat het besluit op geen enkele wijze uitspraak doet over de aanvragen die de stad zal ontvangen voor het sluiten van een convenant;

Overwegende dat de beoordeling van de exceptie samenvalt met de beoordeling van de grond van zaak; dat ten gronde verzoekster de verwerende partij immers juist verwijt met de zogenaamde beleidslijn in “bijkomende voorwaarden” en “als het ware een bijkomend reglementair kader” te hebben voorzien;

3. Overwegende dat verwerende partij ter terechtzitting er op wijst dat op 13 oktober 2003 een gemeenteraadsbeslissing tussenkwam die verzoeksters vraag om een convenant te sluiten verwerpt op grond van andere redenen dan de niet-conformiteit aan het gemeenteraadsbesluit van 21 mei 2001, en dat verzoeksters vordering tot schorsing van die beslissing van 13 oktober 2003 bij arrest nr. 130.337 van 20 april 2004 is afgewezen; dat zij uit een en ander de afstand van de gedingen afleidt;

Overwegende dat de afstand van geding de duidelijke wilsuiting impliceert om het aangespannen proces niet voort te zetten; dat een dergelijke wilsuiting vanwege verzoekster om van de besproken beroepen af te zien niet genoegzaam blijkt;

Overwegende dat het betoog van de verwerende partij evenmin aannemelijk maakt dat verzoekster zonder verder belang bij de beroepen is omdat de gemeenteraadsbeslissing van 13 oktober 2003 die van 18 juni 2001 definitief zou hebben ingetrokken, weze het impliciet; dat verzoekster niet ten onrechte er op attendeert tegen de beslissing van 13 oktober 2003 een vordering tot nietigverklaring te hebben ingesteld waarover nog geen uitspraak is gedaan; dat de gebeurlijke intrekking derhalve niet definitief is;

4.1. Overwegende dat verzoekster in de beide beroepen in een vijfde middel doet gelden dat de verwerende partij zich “op een vrij onheuse/onfatsoenlijke wijze” tegenover haar heeft gedragen en de redelijkheidsnorm heeft geschonden; dat wordt toegelicht dat verwerende partij met de eerste bestreden beslissing, waar het tweede aangevochten besluit op steunt, criteria heeft opgelegd waarvan verzoekster bij het indienen van haar dossier niet op de hoogte was, dat na de indiening “nog eens bijkomende voorwaarden worden opgelegd” en “als het ware een bijkomend reglementair kader” wordt geschapen “wetende dat verzoekster onmogelijk kan voldoen”, dat de verwerende partij alzo met ongeoorloofde middelen verzoeksters aanspraak om een vergunning klasse B te verkrijgen verhindert of zeer ernstig bemoeilijkt, dat zij te kwader trouw is en in strijd met de fair play handelt;

Overwegende dat verwerende partij in de memorie van antwoord repliceert dat verzoekster wist dat de gemeenteraad ter uitvoering van artikel 34 van de wet van 7 mei 1999 een gemeenteraadsbesluit moest nemen “waarbij de voorwaarden voor vestiging van de kansspelinrichtingen diende te worden geregeld,

evenals de bepalingen van de convenant zelf”, dat het besluit van 21 mei 2001 geen rechtsgevolgen teweegbrengt, dat de rechtsgevolgen die het gebeurlijk heeft geen schending inhouden van enig rechtsbeginsel of van de wet van 7 mei 1999, dat de eigenheden van elke aanvraag wel degelijk werden onderzocht, dat verwerende partij dat in het geval van verzoekster gedaan heeft door haar aanvraag te toetsen aan de beleidsopties “zoals deze zijn veruitwendigd in het Besluit van 21 mei 2001”, dat verwerende partij kwalijk wordt genomen op voorhand kenbaar te hebben gemaakt op basis van welke criteria zij de aanvragen van een convenant zal beoordelen, dat nochtans niet in te zien valt waarom de toepassing van de criteria, die pertinent, weloverwogen en behoorlijk gemotiveerd zijn, geen rechtsschending uitmaken wanneer zij niet voorafgaandelijk bekendgemaakt zijn, maar wel een rechtsschending wanneer ter zake een open beleid wordt gevoerd en zij voorafgaandelijk gepubliceerd worden, dat het weinig ernstig voorkomt te veronderstellen dat de criteria anders zouden zijn wanneer zij niet voorafgaandelijk veruitwendigd waren geweest in het gemeenteraadsbesluit van 21 mei 2001;

Overwegende dat verzoekster in de memorie van wederantwoord onder meer dupliceert dat een behoorlijk en open bestuur vergde dat de beslissing over het convenant genomen werd na een onderzoek van de concrete en particuliere omstandigheden van de zaak, dat verwerende partij niet aantoont dat zij bevoegd was bijkomende voorwaarden toe te voegen aan de voorwaarden die artikel 36 van de wet van 7 mei 1999 vaststelt voor het verkrijgen van een vergunning klasse B en dat verwerende partij zelf heeft toegeven dat er geen onderzoek is gewijd aan de concrete en particuliere omstandigheden eigen aan de zaak van verzoekster, waar zij immers heeft verklaard “dat door de richtlijn iedereen weet wat kan en mag en de administratie op eventuele vragen met een duidelijk ja of neen kan antwoorden, zonder dat nog elk geval apart moet worden bekeken”;

Overwegende dat verwerende partij in de laatste memorie in de eerste plaats betoogt dat de beleidsrichtlijn een individuele beoordeling niet in de weg heeft gestaan, dat het de gemeente niet verboden is een bepaald gebied aan te duiden als enige zone waar kansspelinrichtingen kunnen worden toegelaten en dat het haar dan ook moet toegelaten zijn dit in een besluit vast te leggen; dat in de tweede plaats nog wordt geargumenteed dat het voorafgaandelijk opstellen en bekendmaken van criteria door middel van algemeen geldende voorschriften door de Europese Commissie juist als een daad van behoorlijk bestuur wordt aangemerkt;

4.2.1. Overwegende dat het middel de verwerende partij onder meer aanwrijft het sluiten van een convenant van bijkomende voorwaarden afhankelijk te hebben gesteld; dat verwerende partij zulks enerzijds betwist en dit anderzijds als legitiem verdedigt en zelfs als een rechtsplicht voorstelt;

4.2.2. Overwegende dat het standpunt van de Europese Commissie waarop verwerende partij in de laatste memorie alludeert, verband houdt met artikel 2, lid 2, van de richtlijn 89/105/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opnemings daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg; dat luidens die bepaling het besluit, waarbij de bevoegde autoriteiten beslissen het in de handel brengen van een geneesmiddel tegen de door de aanvrager voorgestelde prijs niet toe te staan, een motivering dient te bevatten “die is gebaseerd op objectieve, verifieerbare criteria”; dat naar aanleiding van een prejudiciële vraag hierover aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, bij arrest van de Raad van State nr. 113.420 van 9 december 2002, de Europese Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft geadviseerd de betreffende bepaling aldus te begrijpen dat de volgens de interne wetgeving van de betrokken lidstaat bevoegde overheid “vooraf met algemeen geldende voorschriften de criteria dient te bepalen die de overheid die over de individuele aanvraag zal beschikken, in aanmerking dient te nemen”;

Overwegende dat te dezen niet de toepassing aan de orde is van de voormelde richtlijn, maar van de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers; dat die wet zelf in artikel 36 in de voorwaarden voorziet voor het verkrijgen van de door verzoekster gewenste vergunning klasse B en in artikel 35, eerste lid, aan de kansspelcommissie opdraagt na te gaan of de aanvrager aan de gestelde voorwaarden voldoet; dat de bevoegdheid die de wet met betrekking tot het verlenen van een vergunning klasse B aan de gemeenten toewijst, in het artikel 34 wordt omschreven; dat artikel 34, derde lid, luidt als volgt :

“De uitbating van een kansspelinrichting klasse II moet geschieden krachtens een convenant dat voorafgaandelijk wordt gesloten tussen de gemeente van vestiging en de uitbater. De beslissing om een dergelijk convenant te sluiten, behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de gemeente. Het convenant bepaalt waar de kansspelinrichting wordt gevestigd alsook de nadere voorwaarden, de openings- en sluitingsuren, alsook de openings- en sluitingsdagen van de kansspelinrichtingen klasse II en wie het gemeentelijk toezicht waarneemt”;

Overwegende dat deze bepaling er blijkens de parlementaire voorbereiding toe strekt aan de gemeenten “een zekere beleidsvrijheid toe te staan”; met betrekking tot onder meer de vestiging van de bedoelde kansspelinrichtingen (Parl. St. Kamer, 1998-1999, nr. 1795/5, p. 12); dat zij aldus de gemeenten ter zake een appreciatiebevoegdheid verleent; dat die bevoegdheid er toe beperkt is om op grond van een in-concreto-onderzoek van de eigen en particuliere omstandigheden van elke zaak, geval per geval uit te maken of al dan niet een convenant kan worden gesloten; dat de wet de gemeenten niet de bevoegdheid heeft gegeven voor het verkrijgen van een vergunning klasse B bij wege van “algemeen geldende voorschriften” voorwaarden toe te voegen aan degene die het artikel 36 van de wet bepaalt;

Overwegende dat in zoverre de gemeenteraadsbeslissing van 21 mei 2001 geacht zou moeten worden niettemin zodanige voorwaarden te bevatten, zij dan ook de aan de verwerende partij verleende bevoegdheid te buiten zou gaan;

4.2.3. Overwegende dat het voorgaande er evenwel niet aan in de weg staat dat de gemeente in het algemeen nader bepaalt door welke principes zij zinnens is zich te zullen laten leiden bij de uitoefening van de haar door de wet toegekende appreciatiebevoegdheid; dat een dergelijke gedragslijn kan bijdragen tot een eenvormige toepassing van de discretionaire bevoegdheid; dat zij evenwel niet het karakter mag aannemen van een strakke en absoluut bindende regel waardoor de inhoud van de te nemen particuliere beslissing in wezen reeds van tevoren wordt vastgesteld, meer bepaald reeds vóór het onderzoek en de beoordeling van de eigen merites -alle merites- van elke concrete zaak afzonderlijk; dat dit dan weer zou neerkomen op een wederrechtelijke toevoeging aan de wettelijke voorwaarden;

Overwegende dat de gemeenteraadsbeslissing van 21 mei 2001 in het algemeen beslist dat alleen convenants worden gesloten met betrekking tot lunaparken op de assen Breydelstraat-Statiestraat, met uitsluiting van de hoekpanden; dat de verwerende partij met een besluit van 18 juni 2001 haar zogenaamde “beleidsrichtlijn” van 21 mei 2001 “concretiseert” door zonder meer de dertien aanvragen die zij heeft ontvangen voor een kansspelinrichting buiten de genoemde assen, waaronder de aanvraag van verzoekster, te verwerpen omdat zij niet voldoen aan het in de beleidsrichtlijn vastgestelde criterium van de vestigingsplaats; dat verzoekster er overigens terecht aan herinnert dat verwerende partij, tijdens de

behandeling ter terechtzitting van de vordering tot schorsing, met zoveel woorden er op wees dat door de richtlijn iedereen weet wat kan en mag en de administratie op eventuele vragen met een duidelijk ja of neen kan antwoorden, zonder dat nog elk geval apart moet worden bekeken;

Overwegende dat hieruit mag worden geconcludeerd dat verwerende partij de criteria van de beleidsrichtlijn opvat en hanteert als bindende voorwaarden, bindend voor de aanvrager van een convenant en voor verwerende partij zelf; dat door de vaststelling van die bindende voorschriften de verwerende partij, zoals gezien, haar bevoegdheid overschrijdt; dat dit ook het geval is door de wederrechtelijk toegevoegde voorwaarden blind toe te passen, zoals in de bestreden weigering van 18 juni 2001 om met verzoekster een convenant te sluiten; dat die mechanische toepassing de negatie van het vereiste in-concreto-onderzoek is;

Overwegende, tot slot, dat het voor de wettigheid van de weigering van 18 juni 2001 geen verschil zou hebben uitgemaakt als de verwerende partij niet openlijk voor de beleidsrichtlijn was uitgekomen en de richtlijn niet in de beslissing van 21 mei 2001 was geformaliseerd en bekendgemaakt geworden; dat de begane onwettigheid niet minder groot zou zijn geweest omdat hij gebeurlijk was verborgen gehouden en gecamoufleerd geworden;

4.2.4. Overwegende dat de besproken middelen in de aangegeven mate gegrond zijn, de beleidsrichtlijn voor vernietiging vatbaar is en de beide bestreden beslissingen vernietigd dienen te worden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd worden de beslissing van 21 mei 2001 van de gemeenteraad van Antwerpen houdende de vaststelling van de criteria die zullen gehanteerd worden bij het sluiten van convenants met lunaparken en de beslissing van 18 juni 2001 van de gemeenteraad van Antwerpen om geen convenant met de NV Meesy's te sluiten voor een kansspelinrichting klasse II op het adres Kaasrui 11 te Antwerpen.

Artikel 2.

De kosten van de vorderingen tot schorsing en van de beroepen tot nietigverklaring, bepaald op 697,06 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op acht juli 2004, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.