

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 178.158 van 20 december 2007
in de zaak A. 184.939/XII-5190.**

In zake : de BVBA HERMAN,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat W. Descamps,
 kantoor houdende te Hasselt,
 Isabellastraat 52, bus 4

tegen :

 de GEMEENTE LANAKEN,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat M. Boes,
 kantoor houdende te Beringen,
 Scheigoorstraat 5.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Herman op 27 augustus 2007 heeft ingediend om de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “het besluit van de gemeenteraad van 28 juni 2007 [van Lanaken], ‘betreffende de exploitatie van nachtwinkels en de beteugeling van overlast rond nachtwinkels”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. De Somere;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 28 november 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 december 2007;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Descamps, die loco advocaat W. Descamps verschijnt voor verzoekster, en van advocaat A. Beelen, die loco advocaat M. Boes verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van P. De Somere;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

I. De feitelijke gegevens

1. Verzoekster baat één van de vijf nachtwinkels op het grondgebied van de gemeente Lanaken uit. De nachtwinkel is normaal geopend tussen 20 u en 3 u.

Op 28 juni 2007 beslist de gemeenteraad om een gemeentelijk reglement betreffende exploitatie van nachtwinkels en de beteugeling van overlast rond nachtwinkels goed te keuren. Overwogen wordt, in de formele motivering, dat meermaals vastgesteld werd dat de uitbating van nachtwinkels hinder en last veroorzaakt in de buurt, dat de omwonenden van de nachtwinkels recht hebben op hun privacy en nachtrust, en dat bij meerdere controles gebleken is dat de nachtwinkels niet altijd in orde waren met de betrokken wetgeving.

Het reglement bestaat uit vier hoofdstukken. In hoofdstuk 1 “Algemene bepalingen” wordt er in artikel 1aan herinnerd dat het reglement geen afbreuk doet aan de toepassing van enige andere wetgeving en dat iedereen de bevelen van de burgemeester, gegeven krachtens artikel 64 van het gemeentedecreet, moet naleven.

Hoofdstuk 2 “Uitbating van nachtwinkels” voorziet eensdeels in nadere regels betreffende de uitbating van nachtwinkels en anderdeels in de vereiste van een exploitatievergunning. Wat de nadere regels betreffende de uitbating aangaat bepaalt artikel 3 dat nachtwinkels slechts geopend mogen zijn van 18 u tot 23 u (eerste lid) en dat in de directe omgeving van de nachtwinkels geen dranken geschonken mogen worden (tweede lid).

Hoofdstuk 3 bevat, in artikel 10 “Overlast rond nachtwinkels”, volgende “bijzondere regels”, waarvan de overtreding “wordt bestraft met politiestraffen”:

- “● Het is verboden om tussen 22.00 en 06.00 uur in de nabije omgeving van nachtwinkels nachtgerucht of nachtrumoer te veroorzaken, dat hoorbaar is op openbare plaatsen, waardoor de rust van de inwoners kan worden verstoord.
- Het is verboden dranken te verbruiken in de nachtwinkels. Het is tevens verboden dranken te verbruiken in de directe omgeving, zijnde het privé terrein waarop de nachtwinkel is gevestigd alsook op de voorliggende openbare weg, behoudens in geval van feestelijkheden of andere manifestaties georganiseerd of toegestaan door het college van burgemeester en schepenen.
- Het is verboden om in de nabije omgeving van nachtwinkels voertuigen of hun toebehoren (o.a. koelinstallaties) draaiende te houden terwijl het voertuig stilstaat, tenzij daartoe noodzaak is.
- Het is verboden goederen te laden en/of te lossen aan nachtwinkels tussen 20.00 en 0800 uur.”;

II. De procedure

2. De nota voor de verwerende partij is buiten de gestelde termijn ingediend. Hij wordt overeenkomstig artikel 11, derde lid, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State uit de debatten geweerd.

III. Het voorwerp van de vordering

3. Formeel vraagt verzoekster de schorsing van het gehele reglement van 28 juni 2007.

In haar verslag meent de auditeur dat, gelet op de aangevoerde middelen, het voorwerp geacht moet worden beperkt te zijn tot artikel 3, eerste lid, van het gemeentereglement. Verzoekster stemt daar ter terechtzitting uitdrukkelijk mee in.

4. Er is reden om als voorwerp van de vordering te preciseren: het voorschrift van artikel 3, eerste lid, dat van de andere bepalingen afsplitsbaar lijkt.

IV. De grond van de schorsingsvordering

De schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, § 2, van zijn gecoördineerde wetten kan de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging besluiten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

De voorwaarde van een ernstig middel

6. Verzoekster voert, wat de eerste schorsingsvoorwaarde betreft, in een eerste middel de schending aan van onder meer het zogenaamde decreet d'Allarde en het proportionaliteitsbeginsel. Zij licht toe dat de vrijheid van handel en nijverheid aan bepaalde voorwaarden onderworpen kan worden, dat evenwel de gemeentelijke overheid de activiteiten van handel enkel kan beperken in zoverre de maatregel evenredig is met het nagestreefde doel, dat de bepaling van artikel 3, eerste lid, onevenredig is. Uit de motivering van de gemeenteraadsbeslissing, zo verklaart zij nader, blijkt niet dat :

- “- er een ernstige hinder voor de omgeving was in meerdere nachtwinkels
- het optreden van de openbare macht, welke de gemeente kan en moet uitoefenen, niet kon leiden tot, voor zover ernstige hinder bewezen zou zijn, het terugdringen van deze hinder tot een aannemelijke graad;
- er geen andere middelen voorhanden waren, die niet of minder schadelijk zouden zijn voor de uitbaters van nachtwinkels, dan de besliste ernstige beperking van de openingsuren
- er een afweging geschied is tussen enerzijds de belangen van de omwonenden van de nachtwinkels, die hinder zouden hebben ondervonden en anderzijds de belangen van de uitbaters van nachtwinkels in het algemeen en in het bijzonder van die uitbaters bij wie geen hinder werd vastgesteld en dat individuele maatregelen tegen uitbaters die bepaalde hinder of overlast zouden hebben veroorzaakt, niet effectief zouden gebleken zijn en dat de beperking zoals beslist en die alle nachtwinkels de enig mogelijke maatregel zou zijn, om het gestelde doel te bereiken”.

6. Het aangevochten voorschrift maakt toepassing van de wet van 10 november 2006 betreffende de openingsuren in handel, ambacht en dienstverlening. Krachtens die wet is de toegang van de consument tot de vestigingseenheid en de verkoop van producten of diensten aan de consument in de vestigingseenheid verboden “vóór 18 uur en na 7 uur in de nachtwinkels, behalve

als een gemeentelijk reglement andere sluitingsuren bepaalt” (artikel 6, c)), en kan een gemeentelijk reglement ieder “ontwerp van nachtwinkel” onderwerpen aan een voorafgaande vergunning van het college van burgemeester en schepenen (artikel 18, § 1).

Blijkens de parlementaire voorbereiding is de gemeentelijke bevoegdheid ingegeven door de hinder die nachtwinkels soms veroorzaken en dient het reglement de ruimtelijke ligging van de nachtwinkel ten opzichte van de bestaande handelszaken en de aan de buurtbewoners veroorzaakte overlast in aanmerking te nemen (*Parl. St. Kamer* 2005-06, nr. 2486/001, 5, en nr. 2486/005, 5).

7. Te dezen heeft de gemeenteraad, gelet op de formele motivering van de beslissing van 28 juni 2007, gebruik gemaakt van de mogelijkheid waarin de wet van 10 november 2006 voorziet, eensdeels, omdat meermaals werd vastgesteld dat de uitbating van nachtwinkels hinder en last veroorzaakt voor de omwonenden, namelijk op het stuk van hun privacy en nachtrust, en, anderdeels, omdat gebleken is dat nachtwinkels niet altijd in orde zijn met “de betreffende wetgeving voor hun activiteiten”. Alleen het eerste lijkt nuttig betrokken te kunnen worden op het bestreden sluitingsuur; het tweede lijkt verband te houden met de invoering van de vereiste van een exploitatievergunning.

Wat de feitelijke juistheid van het motief van de inbreuk op de privacy en de nachtrust van de omwonenden van de nachtwinkels betreft, brengt verwerende partij in het administratief dossier een “Overzicht PV’s en Meldingen” bij, evenals een afschrift van vier van deze “meldingen”. De Raad van State begrijpt uit een en ander dat er in 2007 eigenlijk maar met betrekking tot één van de vijf nachtwinkels te Lanaken, namelijk nachtwinkel Tari, klachten zijn geweest, over inzonderheid nachtlawaai en wildplassen. Naar daarenboven uit de pleidooien ter terechtzitting wordt opgemaakt, gaan de klachten (zo goed als allemaal) uit van één enkele nabuur. Wat de andere vier nachtwinkels betreft, inbegrepen die van verzoekster, vermeldt het overzicht wat het jaar 2007 betreft in essentie alleen de nummers van de processen-verbaal die naar aanleiding van controles in april en augustus zijn opgesteld. Dat er bij die controles overtredingen zouden zijn vastgesteld, wordt niet beweerd; nog minder worden de eventuele overtredingen omschreven.

Zoals het de Raad van State vooralsnog voorkomt, heeft verwerende partij ertoe besloten aan alle nachtwinkels op te leggen dat zij slechts van 18 u tot 23 u geopend mogen zijn, om reden dat een buur van nachtwinkel Tari zich bij

herhaling heeft beklagd over kabaal en geroep op en rond de parking van de nachtwinkel en over wildplassen.

8. Op het eerste gezicht is de vrijheid van handel en nijverheid, die in het middel wordt aangevoerd, niet absoluut, maar kan zij beperkt worden door maatregelen met het oog op het bewaren van de openbare orde. Dergelijke maatregelen, zoals het bestreden artikel 3, eerste lid, van de gemeenteraadsbeslissing van 28 juni 2007 er een is, moeten wel, opdat zij rechtmatig zouden zijn, voldoen aan onder meer het evenredigheidsbeginsel.

Evenredigheid in het kader van de preventieve bescherming tegen overlast lijkt in te houden dat de keuze van de maatregel gesteund is op een evenwichtige afweging van alle betrokken belangen en dat wanneer de overheid beschikt over verschillende mogelijkheden die eenzelfde niveau van efficiëntie waarborgen, hij kiest voor de maatregel die het minst belastend is.

9. In onderhavig geval heeft de gemeenteraad blijkbaar gemeend om naar aanleiding van de welbepaalde overlast bij nachtwinkel Tari, meteen voor alle nachtwinkels drastisch in de openingsuren te moeten ingrijpen. Terecht nochtans memoreert de gemeenteraad in artikel 1, tweede lid, van zijn besluit van 28 juni 2007 de mogelijkheid van een optreden van de burgemeester, welk optreden een meer gerichte en geïndividualiseerde aanpak, met aanzienlijk minder collaterale effecten, kon hebben ingehouden. Waarom een dergelijk optreden niet méér aangepast werd geacht, is onduidelijk. Eveneens onduidelijk, overigens, is op grond van welke redelijke afweging de gemeenteraad in de bestreden sluitingsregeling voorziet niettegenstaande hij de overlast die aan de basis ervan ligt, ook specifiek tekeergaat met “bijzondere regels” -in het artikel 3, tweede lid, en artikel 10 van het reglement- die op zichzelf reeds van aard lijken de overlast te kunnen bezweren.

In de gegeven omstandigheden lijkt het bestreden artikel 3, eerste lid, een te verregaande beperking te stellen aan de besproken vrijheid van handel en nijverheid. Het middel is in de aangegeven mate ernstig.

De voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel

10. Verzoekster zet met betrekking tot de tweede schorsingsvoorwaarde uiteen dat zij ten gevolge van de gemeenteraadsbeslissing een verlies lijdt van minstens 50 %, dat een dramatische daling van de brutowinst te voorzien is, wat op korte termijn dreigt te leiden tot een vereffening of faillissement van de vennootschap.

11. Waar verzoekster vóór 1 juli 2007 haar nachtwinkel openhield van 20 u tot 3 u, verplicht de bestreden bepaling haar er nu toe de winkel al om 23 u te sluiten, hetzij na welgeteld drie uur. Dientengevolge daalde, blijktens de aangevoerde stukken, verzoeksters omzet in de maand juli 2007, vergeleken met die in de maand juli 2006, van 24.500 € tot nog maar 14.000 €. Verzoekster noemt die daling met recht “dramatisch”.

Dat zij eventueel haar winkel reeds vanaf 18 u zou kunnen openen, zoals verwerende partij ter terechtzitting tegenwerpt, is niet meer dan een doekje voor het bloeden. Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat leidde tot de wet van 10 november 2006 wordt opgemerkt, hebben nachtwinkels tot doel aan de verbruikers goederen en algemene voedingsproducten en huishoudartikelen aan te bieden op tijdstippen waarop de gewone zaken reeds gesloten zijn. Die gewone zaken mogen normaal tot 20 u openblijven.

12. Het is aannemelijk dat het voortbestaan van verzoeksters handelszaak door de bestreden sluitingsregeling in het gedrang kan komen.

Ook aan de tweede schorsingsvoorwaarde is voldaan.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van artikel 3, eerste lid, van het bij beslissing van 28 juni 2007 van de gemeenteraad van Lanaken vastgestelde “Gemeentelijk reglement betreffende de exploitatie van nachtwinkels en de beteugeling van overlast rond nachtwinkels”.

Artikel 2.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig december 2007, door :

de HH. J. LUST,

F. BONTINCK,

De griffier,

F. BONTINCK.

wnd. kamervoorzitter,
staatsraad,
griffier.

De voorzitter,

J. LUST.