

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 179.170 van 31 januari 2008
in de zaak A. 105.472/XII-3147.**

In zake : de NV CAPITOLE,
die woonplaats kiest bij
advocaat H. Sturtewagen,
kantoor houdende te Berchem,
Generaal van Merlenstraat 38

tegen :

de STAD GENT,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. Heymans,
kantoor houdende te Gent,
Gebroeders Vandeveldestraat 99.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat NV Capitole op 1 juni 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de beslissing van 29 januari 2001 van de gemeenteraad van de stad Gent om geen convenant met haar te sluiten voor de uitbating van een kansspelinrichting klasse II aan het Koningin Maria Hendrikaplein 35;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. De Somere;

Gelet op de beschikking van 5 september 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

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

Gelet op de beschikking van 8 maart 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 april 2007;

Gehoord het verslag van staatsraad J. Lust;

Gehoord de opmerkingen van advocaat H. Sturtewagen, die verschijnt voor verzoekster, en van advocaat D. Van Renne, die loco advocaat M. Heymans 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,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

I. De voorgaanden

1. Ten gevolge van de wet van 7 mei 1999 op de kansspelen, de kansspelinrichtingen en de bescherming van de spelers (hierna: de wet van 7 mei 1999), die de uitbating van een kansspelinrichting klasse II of speelautomatenhal onderwerpt aan een door de kansspelcommissie voorafgaandelijk uit te reiken schriftelijke vergunning B en die bepaalt dat de uitbating moet gebeuren krachtens een convenant met de gemeente, vraagt verzoekster met een brief van 11 januari 2001 aan verwerende partij een convenant te sluiten met betrekking tot de exploitatie van een kansspelinrichting klasse II te Gent, Koningin Maria Hendrikaplein 35.

Met een schrijven van 23 januari 2001 antwoorden de burgemeester en de waarnemende stadssecretaris dat het college van burgemeester en schepenen op 19 januari 2001 besliste aan de gemeenteraad voor te stellen om niet op de vraag in te gaan en dat de gemeenteraad op 29 januari 2001 de definitieve beslissing neemt.

Ter zitting van 29 januari 2001 beslist de gemeenteraad geen convenant te sluiten, om de volgende reden :

“overwogen dat de inrichting gelegen Koningin Maria Hendrikaplein 35 te 9000 Gent blijkens bijgevoegd plan gelegen is in de nabijheid van :

- onderwijsinstellingen en internaten zijnde ondermeer binnen een straal van 200 meter het Sint-Pietersinstituut, Meersstraat 131, Sint-Pietersinstituut internaat, Koning Albertlaan 70; binnen een straal van 300 meter Sint-Paulusinstituut, Smidsestraat 35B en 76 (LO); Basisschool Desiré Van Monckhoven, Desiré Van Monckhovenstraat 46, binnen een straal van 500 meter Sint-Paulusinstituut, Patiëntjesstraat 45 (HSO); en juist nabij de

straal van 500 meter het Koninklijk Atheneum, Voskenslaan 60; Mercatorcomplex, Abdisstraat 1 (+ Nonnenmeerstraat 21); Provinciaal Handels- en Taalinstituut, Henleykaai 83; Provinciaal Centrum voor Volwassenenonderwijs, Henleykaai 83; Middenschool Kortrijksesteenweg 32;

- erediensten zijnde ondermeer binnen een straal van 300 meter Sint-Pauluskerk in de Smidsestraat, binnen een straal van 500 meter kerk Voskenslaan bezijden Koninklijk Atheneum;
 - plaats waar veel jongeren komen, zijnde ondermeer binnen een straat van 100 meter het Koningin Maria Hendrikaplein als belangrijk openbaar verkeersknooppunt van tram, trein en bus; het Koningin Maria Hendrikaplein staat bovendien gekend als een belangrijke ontmoetingsplaats voor schoolgaande jongeren voor en na schooltijden; binnen een straal van 400 meter het Citadelpark; het Kuipke (centrum voor jongerenevenementen zoals technofuiven, studentencantus,...);
- dat de lokalistatie van deze kansspelinrichting dan ook niet verenigbaar is met de voorschriften van voornoemd artikel 36, 4/ van de wet, zodat de stad met de uitbater geen convenant kan afsluiten”.

Met brieven van 15 februari 2001 formuleert verzoekster tegen de weigering bezwaren bij de gouverneur van de provincie Oost-Vlaanderen, respectievelijk de Vlaamse regering. De gouverneur antwoordt met een schrijven van 4 april 2001 dat “de verdere afhandeling zal gebeuren op het niveau van de Vlaamse regering”. De Vlaamse minister van Binnenlandse Aangelegenheden, Ambtenarenzaken en Sport deelt met een schrijven van 17 april 2001 mee dat hij het niet nodig acht om tegen de gemeenteraadsbeslissing op te treden.

II. De ontvankelijkheid

2. Verwerende partij betwist in de memorie van antwoord de ontvankelijkheid van het beroep omdat verzoeker zonder daadwerkelijk belang zou zijn en reeds eerder de vernietiging van dezelfde beslissing vroeg.

De auditeur stelt in haar verslag op beargumenteerde wijze voor de excepties te verwerpen.

In de laatste memorie verklaart verwerende partij, zonder enige reserve of restrictie, de zienswijze in het auditorsverslag “volkomen” bij te vallen.

In de gegeven omstandigheden wordt aangenomen dat de verwerende partij niet langer aandringt op de inwilliging van de excepties en dat er bijgevolg geen uitspraak meer hoeft over gedaan.

III. De grond van de zaak

A. Eerste middel

Stelling van verzoekster

3. In het verzoekschrift wordt in een eerste middel “schending van de wet en de uitvoeringsbesluiten - machtsoverschrijding en inbreuk op het zorgvuldigheidsbeginsel afwezigheid” aangevoerd. Uiteengezet wordt dat nergens in de wet of de koninklijke besluiten wordt gesteld dat de aanwezigheid van scholen binnen een cirkel van 500 m, de aanwezigheid van een kruispunt van het openbaar vervoer voor schoolverkeer, de onmiddellijke nabijheid van onderwijsinstellingen, plaatsen die vooral door jongeren worden bezocht en plaatsen waar erediensten worden gehouden, automatisch zouden moeten leiden tot de weigering om een convenant te sluiten.

Verzoekster voegt daar in de memorie van wederantwoord nog aan toe dat de wetgever, door een op zichzelf staande regeling te hebben uitgewerkt met een vergunningsbevoegdheid voor de kansspelcommissie, “elke bevoegdheid van de gemeente om beslissingen te nemen op grond van maatschappelijke, sociale of ethische overwegingen, welke aan de basis van de wet liggen, [heeft] uitgesloten”.

Beoordeling

4. Naar eis van artikel 36, 4, van de wet van 7 mei 1999 moet de aanvrager om een vergunning klasse B te kunnen verkrijgen, ervoor zorgen dat de kansspelinrichting klasse II niet gevestigd wordt in de nabijheid van onderwijsinstellingen, ziekenhuizen, plaatsen die vooral door jongeren worden bezocht, plaatsen waar erediensten worden gehouden en gevangenissen.

Terecht is verzoekster van mening dat noch uit de wet van 7 mei 1999, noch uit de koninklijke besluiten ter uitvoering ervan, volgt dat de prohibitieve nabijheid op 500 m is vast te leggen.

De “nabijheid” waarvan sprake in het artikel 36, 4, is immers bij uitstek relatief. Een uitspraak erover zal dan ook steeds een onderzoek en een

afweging van de concrete omstandigheden en gegevens vergen. Daarmee is niet in overeenstemming de handelwijze waarbij de overheid, vóór elk onderzoek van de zaak en de haar eigen particulariteiten, de maatstaf van de prohibatieve nabijheid blindweg op een vaste afstand bepaalt en daarna nog alleen verifieert, als het ware op automatische piloot, of er zich binnen de voorafbepaalde afstand al dan niet instellingen als bedoeld in artikel 36, 4, bevinden.

Precies omdat de nabijheid geval per geval moet worden onderzocht en beoordeeld, rekening houdend met de concrete omstandigheden van de zaak, is het op voorhand echter ook geenszins uit te sluiten dat het bestuur rechtmatig tot de conclusie kan komen dat ook nog instellingen die op 500 m liggen, of zelfs meer, als nabij in de zin van artikel 36, 4, te beschouwen zijn.

5. Te dezen heeft de verwerende partij gemeend dat de door verzoekster aangevraagde vestigingsplaats niet met de vereisten van het artikel 36, 4, overeenkomt. In de bestreden weigering heeft zij gepreciseerd welke, door dat voorschrift bedoelde, inrichtingen te dicht bij de vestigingsplaats gelegen zijn en waarom, namelijk op welke afstand ze zich slechts bevinden.

Als zodanig wijst de formele motivering op een *in concreto*-onderzoek en -beoordeling. Van een louter werktuiglijke toetsing aan een voorafbepaalde strakke en strikte maatstaf, is in de motivering geen sprake. Een dergelijke automatische toetsing wordt evenmin afdoende aannemelijk gemaakt door de andere stukken waarop de Raad van State vermocht acht te slaan.

6. Met de voorwaarde van het artikel 36, 4, van de wet van 7 mei 1999 heeft de wetgever willen vermijden dat de personen die hij in het bijzonder wil beschermen -scholieren, jongeren, gedetineerden die de gevangenis mogen verlaten- ertoe worden aangezet om de speelautomatenhallen te bezoeken, en te beletten dat een frivole omgeving wordt gecreëerd in de buurt van ziekenhuizen en plaatsen waar erediensten worden gehouden. Als zodanig dient de voorwaarde een doelstelling van sociale bescherming.

Naar verzoekster in de memorie van wederantwoord evenwel laat verstaan, is de zorg voor de maatschappelijke, sociale of ethische aspecten van de kansspelinrichtingen uitsluitend aan de kansspelcommissie opgedragen en gaat het

dan ook de bevoegdheid van de gemeente te buiten om zich op de genoemde voorwaarde te beroepen.

Deze zienswijze is verkeerd. De wetgever heeft er integendeel bewust voor gekozen om aan (onder anderen) de gemeente over te laten de notie “in de nabijheid van” in de vergunningsvoorwaarde van het artikel 36, 4, in te vullen, weliswaar onder controle van de rechter (*Parl. St. Senaat 1998-99, nr. 1-419/17, 139 en 140; Parl. St. Kamer 1998-99, nr. 1795/8, 55 en 56*).

7. Het eerste middel is in zijn geheel ongegrond.

B. Tweede middel

Stelling van verzoekster

8. Een tweede middel is gestoeld op de schending van het zorgvuldigheids-, het evenredigheids- en het draagkrachtbeginsel. Verzoekster licht toe dat het “jongerenargument” “niet echt toepasselijk” is aangezien de toegang tot haar inrichting verboden is voor wie min dan 21 is, dat er bovendien in de hele stad jeugd aanwezig is, dat zij in het verleden nooit problemen met minderjarigen heeft gehad. Tevens is volgens haar “het argument ter zake plaatsen waar erediensten worden gehouden wel enigszins overtrokken, gelet op de lage frequentatie van dergelijke plaatsen in het begin van 21^{ste} eeuw en het feit dat deze erediensten toch meestal plaatsvinden overdag en de zaak van verzoekster geen enkele stoornis ter zake kan veroorzaken”.

In de memorie van wederantwoord oppert verzoekster nog dat verwerende partij niet de nabijheid van de opgesomde plaatsen “in concreto en in het licht van een gemeentelijke bevoegdheid, zoals de handhaving van de openbare orde” heeft beoordeeld.

Beoordeling

9. In het middel betwist verzoekster niet dat de aangevraagde vestigingsplaats in de nabijheid ligt van plaatsen die vooral door jongeren worden bezocht of plaatsen waar erediensten worden gehouden, maar alleen dat het verbod om in de nabijheid van dergelijke plaatsen gevestigd te zijn steek houdt.

Zij oefent daarmee kritiek uit op de voorwaarde van artikel 36, 4, van de wet van 7 mei 1999. Die wet behoort evenwel niet tot het voorwerp van het beroep.

10. In zoverre de uitbreiding van het middel in de memorie van wederantwoord ontvankelijk is, herhaalt zij het eerste middel, dat hiervoor reeds ongegrond is bevonden.

11. Het middel wordt afgewezen.

C. Derde middel

Stelling van verzoekster

12. In een derde middel doet verzoekster gelden dat de discretionaire bevoegdheid van de gemeente niet absoluut is, terwijl nochtans verwerende partij met haar beslissing “een absoluut standpunt” heeft ingenomen zoals valt af te leiden “uit de gelijkvormige motivering voor alle weigeringen”. Voorts voert verzoekster aan dat de motivering niet voldoet, doordat zij “in geen enkel opzicht de noodzakelijkheid aan[toont] voor deze zeer ingrijpende weigering”, die leidt tot de sluiting van een bedrijf met dertien werknemers en het verloren gaan van een miljoeneninvestering.

Beoordeling

13. De bestreden weigering is gesteund op de prohibitieve nabijheid van een aantal instellingen en plaatsen zoals bedoeld in artikel 36, 4, van de wet van 7 mei 1999. Zoals bij de bespreking van het eerste middel gezien, berust dat motief niet op enige absolute, principiële of automatische stellingname, maar op een onderzoek en beoordeling *in concreto*. De deugdelijkheid van die beoordeling en van het erop gebaseerde motief wordt niet beïnvloed door de omstandigheid dat ook aanvragen met betrekking tot andere zijn afgestuit op de aanwezigheid, in hún nabijheid, van instellingen en plaatsen zoals bedoeld in artikel 36, 4.

14. De nabijheid van instellingen en plaatsen vermeld in artikel 36, 4, van de wet van 7 mei 1999 is een toereikend motief voor de weigering van een convenant. Wanneer dan ook een weigering op dat motief berust, volstaat het ten

aanzien van de formele-motiveringseis dat de prohibatieve nabijheid afdoende met redenen wordt omkleed. Daaraan is te dezen voldaan door in de beslissing aan te geven welke door het voorschrift van artikel 36, 4, bedoelde inrichtingen te dicht bij de vestigingsplaats van verzoekster gelegen zijn en op welke afstand ze zich meer bepaald (slechts) bevinden.

15. Het middel wordt verworpen.

D. Vierde middel

Stelling van verzoekster

16. Luidens een vierde middel, “rechts- en machtsafwending (nemo judex in causa sua)”, is de motivering van de bestreden beslissing “des te schrijnender en aberranter nu algemeen geweten is dat de weigering te Gent enkel geïnspireerd is door de motivatie de zaak aan Zuidkwartier, dewelke een zeer slechte reputatie heeft, uit te schakelen”.

Beoordeling

17. Het middel gaat ervan uit dat de motivering van de bestreden beslissing er een is -met de woorden van verzoekster- “*pour les besoins de la cause*”.

De juistheid hiervan is niet apert en wordt in het middel evenmin duidelijk gemaakt. Inzonderheid toont het middel niet aan dat verwerende partij haar weigering ten onrechte heeft gestoeld op de nabijheid van de instellingen en plaatsen die zij in haar beslissing opsomt.

Het middel wordt verworpen.

E. Vijfde middel

Stelling van verzoekster

18. Verzoekster voert in een vijfde middel aan, met een verwijzing naar een eerder verkregen bouw- en milieuvergunning en naar een investering van

tientallen miljoenen, dat zij in haar verwachtingen geschaad is en dat door de “discontinuïteit van de houding van het College van Burgemeester en Schepenen” geraakt wordt aan verworven rechten. Tevens wordt betoogd dat de belangenafweging waartoe verwerende partij overging niet van behoorlijk bestuur getuigt en dat de motivering ontoereikend is gelet op het feit dat de beslissing “leidt tot de sluiting van een bedrijf en een miljoeneninvestering op basis van een vergunning die voorheen op normale wijze en in dezelfde omstandigheden zonder problemen werd toegestaan (zie hoger: de bouwvergunning)”.

Beoordeling

19. Verzoekster gaat in het middel aan enige fundamentele nuances voorbij.

Ten eerste is de bestreden beslissing genomen door de gemeenteraad en niet, zoals de aangevoerde bouw- en milieuvergunning, door het schepencollege. De beslissing kan dan ook bezwaarlijk een “discontinuïteit” in de houding van het schepencollege illustreren.

Ten tweede is de aangevochten beslissing genomen in het kader van een totaal andere reglementering dan de beslissingen over de bouw- en de milieuvergunning - een reglementering zelfs die ten tijde van de bouw- en de milieuvergunning nog niet eens bestond. De bouw- en milieuvergunning, van respectievelijk 15 april 1999 en 12 februari 1998, berusten in essentie -en mógen slechts berusten- op de beoordeling van de stedenbouwkundige en milieuhygiënische aspecten van de vergunningsaanvraag, met uitsluiting van onder meer de sociale aspecten ervan. De bestreden beslissing daarentegen is gesteund op een wet -de wet van 7 mei 1999- die tot doel heeft het sociale gevaar in te perken dat de kansspelinrichtingen kunnen betekenen.

20. Teneinde dat gevaar voor de maatschappij in de hand te houden, heeft de wetgever gemeend het bestaande principiële verbod op kansspelinrichtingen te moeten handhaven en een uitzondering in te stellen, gebaseerd op een vergunningsregeling waarbij de gemeenten worden ingeschakeld ter versterking van het “controle-effect” (*Parl. St. Senaat 1998-99, nr. 1-419/17, 138*). Voorts heeft de wet voor het verkrijgen van de vergunning geen onderscheid gemaakt naargelang het om een bestaande inrichting gaat dan wel een nieuwe, noch in overgangs- of

begeleidingsbepalingen voorzien ten behoeve van inrichtingen die al van vóór de wet bestaan.

Hieruit volgt dat in zoverre de verwerende partij alleen maar de rol heeft gespeeld die de wet haar met het oog op de nagestreefde sociale bescherming heeft toebedeeld, de in het middel aangevoerde schending van het vertrouwen en van zogenaamde verworven rechten, wezenlijk terug te voeren is tot de wet van 7 mei 1999 zelf, welke wet niet tot het voorwerp van het beroep behoort. Mede gelet op de bespreking van verzoeksters overige middelen blijkt voorts niet dat verwerende partij de grenzen van de wet van 7 mei 1999 en van de bevoegdheden die haar daarin worden toegewezen, te buiten is gegaan of haar beslissing niet afdoende gemotiveerd heeft.

21. Het middel wordt afgewezen.

F. Zesde middel

Stelling van verzoekster

22. In een zesde middel beklaagt verzoekster zich, in het verzoekschrift, erover dat zij niet gehoord is geworden en dus niet de gelegenheid had om haar standpunt op nuttige wijze uiteen te zetten.

Beoordeling

23. Het recht van de aanvrager van een vergunning klasse B om te worden gehoord, wordt expliciet geregeld door artikel 35, derde lid, van de wet van 7 mei 1999. Daarin is niet voorzien in het horen van de aanvrager door de gemeente. De bepaling schrijft alleen voor dat de aanvrager, die kan worden bijgestaan door zijn raadsman, “op verzoek” vooraf door de kansspelcommissie moet worden gehoord.

Voorts is de bestreden weigering tot stand gekomen op aanvraag van verzoekster, heeft zij met het oog op de inwilliging ervan in de aanvraag alle mogelijke informatie en toelichting kunnen en mogen aanbrengen die zij maar wenste, en steunt de weigering niet op feiten met betrekking tot verzoekster, noch op gegevens die afwijken van wat zij zelf had meegedeeld.

24. Overigens reageert verzoekster in de memorie van wederantwoord als volgt op de tegenwerping van verwerende partij dat verzoekster niet gereageerd heeft nadat zij “op de hoogte [werd] gebracht van zowel het negatief advies van de Burgemeester dd. 18.01.2001 als van het voorstel van het Schepencollege dd. 19.01.2001 aan de gemeenteraad om de convenant te weigeren (deze kennisgeving gebeurde bij aangetekend schrijven dd. 23.01.2001)” :

“Het is verder overduidelijk dat het niet de minste zin had te reageren op het negatief advies van de Burgemeester; alle adviezen waren immers in dezelfde zin en verschilden nauwelijks van elkaar; allen waren ze immers gebaseerd op het feit dat de exploitatie van de aanvrager in de nabijheid lag van een onderwijsinstelling, een ziekenhuis enz.. Wat niet verwonderlijk is nu er in geheel het land geen enkele gemeente is te vinden die dermate uitgestrekt is dat een aanvrager niet zou zijn gevestigd in de nabijheid van een dusdanige instelling..

Indien de n.v. Capitole zou zijn gehoord dan zou zij verweerster erop hebben kunnen wijzen dat alle redenen die zij inroept om thans het convenant te weigeren destijds bij het toekennen van de vergunning, geldig tot 2018, het voorwerp hebben uitgemaakt van een achttal ingediende bezwaren die zijzelf allen van tafel heeft geveegd..”.

Die reactie bevestigt dat er geen reden toe was verzoekster te horen. Eensdeels betwijfelt zij zelf dat het nut kon hebben haar over het motief voor de bestreden weigering te horen. Anderdeels had verzoekster reeds de verwerende partij uitdrukkelijk op de betrokken vergunning geattendeerd, in haar aanvraag van 11 januari 2001, en had zij bij de aanvraag zelfs een afschrift ervan gevoegd.

25. Het middel wordt verworpen.

G. Zevende middel

Stelling van verzoekster

26. Luidens een zevende middel doet de bestreden weigering tekort aan “de rechts- en handelingsbekwaamheid van de Belgische staatsburger op 18 jaar” in zoverre zij gesteund is op de mogelijkheid dat minderjarigen (begrijp : meerderjarigen) tussen 18 en 21 jaar zich in de kansspelinrichting zouden begeven.

Beoordeling

27. De bestreden weigering is gebaseerd op de nabijheid van welbepaalde instellingen en plaatsen als bedoeld in artikel 36, 4, van de wet van 7 mei 1999. Het verbod van toegang tot de speelzalen van kansspelinrichtingen klasse II voor meerderjarigen jonger dan 21 jaar wordt opgelegd door artikel 54, § 1, van de wet.

Het middel richt zich met andere woorden tegen de wet van 7 mei 1999, die als reeds meer gezegd niet tot het voorwerp van het beroep behoort. Het wordt bijgevolg verworpen.

H. Achtste en negende middel

28. Volgens een achtste middel heeft de Vlaamse minister in zijn schrijven van 17 april 2001 onvoldoende verzoeksters middelen beantwoord, zodat de brief niet aan de gestelde motiveringsverplichting voldoet. In een negende middel heet het dat, van zijn kant, de gouverneur zich schuldig heeft gemaakt aan “administratieve rechtsweigering” door “zomaar” zijn bevoegdheid tot schorsen aan de Vlaamse minister te hebben overgedragen.

29. In de memorie van wederantwoord geeft verzoekster toe dat de middelen “geen rechtstreeks verband [hebben] met de aangevochten beslissing”.

Zij zijn niet van aard de bestreden weigering, die aan de brief van de Vlaamse minister en aan het beweerde verzuim van de gouverneur voorafgaat, in het gedrang te brengen. De middelen kunnen niet tot de gevraagde nietigverklaring leiden.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verzoekster.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenendertig januari 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
	F. BONTINCK,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

F. BONTINCK.

D. VERBIEST.