

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.493 van 9 december 2014
in de zaak A. 214.394/X-16.088.**

In zake : de BVBA TAHA ALIMENTATION
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Jean-Marie Mommens
 kantoor houdend te 1050 Brussel
 Waterloo-sesteenweg 612
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de GEMEENTE SINT-GENESIUS-RODE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dirk Lindemans
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Keizerslaan 3
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 december 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Genesius-Rode van 6 november 2014 om geen afwijking toe te staan aan de bvba Taha Alimentation met betrekking tot de openingsuren van haar nachtwinkel aan de Trilpopulierenlaan 2.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

 De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2014, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joy Moens, die *loco* advocaat Jean-Marie Mommens verschijnt voor verzoekster, en advocaten Filip De Preter en Kurt Stas, die *loco* advocaat Dirk Lindemans verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Sofie De Doncker heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. Verzoekster verklaart sinds midden juni 2014 een nachtwinkel uit te baten in een pand waarin voordien een kapsalon was gevestigd, aan de Trilpopulierenlaan 2 te Sint-Genesius-Rode. Het is niet betwist dat het om de eerste en tot nog toe enige nachtwinkel in de gemeente gaat.

Op 6 oktober 2014 besluit de gemeenteraad van Sint-Genesius-Rode een regulerend kader te scheppen als aanvulling op de wet van 10 november 2006 ‘betreffende de openingsuren in handel, ambacht en dienstverlening’ (hierna: de wet van 10 november 2006). Het politiereglement wordt aangevuld met een nieuw artikel 85^{quater}, dat de toegang van de consument tot de nachtwinkels verbiedt vóór 18 uur en na 22 uur. Ten uitzonderlijke titel kan het schepencollege op schriftelijk verzoek van de aanvrager ruimere openingsuren voor een nachtwinkel toestaan.

Op 27 oktober 2014 beveelt de politie omstreeks 23 uur de sluiting van verzoeksters nachtwinkel onder verwijzing naar de gemeenteraadsbeslissing van 6 oktober 2014.

Verzoekster vraagt met een brief van daags nadien aan het college van burgemeester en schepenen hem toe te laten om open te blijven van zondag tot donderdag van 18 uur tot 24 uur en op vrijdag en zaterdag van 18 uur tot 1 uur.

Bij beslissing van 6 november 2014 weigert het college van burgemeester en schepenen aan verzoekster een afwijking toe te staan wat de openingsuren van haar nachtwinkel betreft. Gemotiveerd wordt “dat de Trilpopulierenlaan ook een belangrijke woonfunctie vervult; dat het toestaan van een afwijking derhalve niet aangewezen is”.

IV. Grondvoorwaarden voor een schorsing

4. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

V. Voorwaarde van een ernstig middel

A. Eerste en derde middel

Standpunt van de partijen

5. Verzoekster betwist in een eerste middel de motivering in de bestreden beslissing. Die motivering wordt niet correct genoemd omdat er zich naast woningen ook meerdere winkels in de Trilpopulierenlaan bevinden. De motivering is volgens het middel bovendien nietszeggend en niet pertinent: uit de beslissing kan niet worden opgemaakt waarom een afwijking van de openingsuren niet mogelijk of niet aangewezen is.

In een derde middel voert verzoekster onder meer aan dat de verwerende partij haar beslissing zorgvuldig moest voorbereiden en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk moest onderzoeken, maar dat zij naliet enig onderzoek te doen naar de opportuniteit van afwijkende openingsuren voor verzoeksters nachtwinkel. Zij heeft niet onderzocht of er zich problemen voordoen in of rond de nachtwinkel van verzoekster, wat het standpunt van de burens en klanten is, en heeft geen afweging van de betrokken belangen gemaakt.

6. Naar de verwerende partij in de nota betoogt, stemt verzoeksters beschrijving van de Trilpopulierenlaan niet overeen met de werkelijkheid en mag er volgens het gemeentelijk ruimtelijk structuurplan – “dat weliswaar niet als toetsingskader is gehanteerd voor de beoordeling van de aanvraag van de verzoekster” – in de wijk nog wel wat kleinhandel bijkomen, maar geen *night shops*.

Het is voorts aan de aanvrager om te motiveren waarom hij een uitzondering wenst. Te dezen heeft verzoekster haar aanvraag enkel gemotiveerd door rendabiliteitsoverwegingen. Door alleen dat beoordelingselement aan te reiken heeft verzoekster zelf te kennen gegeven dat er geen andere relevante beoordelingselementen waren.

Overigens kon de gemeente wel degelijk inschatten “mede gelet op hetgeen zich op enkele maanden heeft voorgedaan rond deze nachtwinkel, wat de gevolgen kunnen zijn”.

Beoordeling

7. In zijn aanvraag om ruimere openingsuren van zijn nachtwinkel toe te staan – tot 24 uur, in plaats van 22 uur, op zondag tot donderdag; tot 1 uur, in plaats van 22 uur, op vrijdag en zaterdag – voerde verzoekster aan dat die uren nodig waren opdat zijn winkel rendabel kan zijn en dat hij alles zou doen opdat de winkel aantrekkelijk zou zijn en zo min mogelijk overlast aan de burens zou bezorgen.

De aanvraag wordt verworpen om de enkele reden “dat de Trilpopulierenlaan ook een belangrijke woonfunctie vervult”.

8. Met verzoekster wordt vooralsnog aangenomen dat die motivering nietszeggend en niet pertinent is.

Het is op het eerste gezicht niet omdat de Trilpopulierenlaan “ook” een belangrijke woonfunctie vervult dat een nachtwinkel er *per se* uitgesloten moet worden geacht.

9. In zoverre de verwerende partij van mening zou zijn geweest, zoals zij in de voorliggende procedure laat uitschijnen, dat de aanvraag niet kon worden ingewilligd vanwege “de talrijke klachten” wegens hinder ten gevolge van verzoeksters zaak, diende zij dit in de weigeringsbeslissing zelf te expliciteren.

Overigens ontbreekt tot nog toe het bewijs dat die klachten en de hinder kan staven. Welgeteld één stuk heeft de verwerende partij in dit verband bijgebracht: een e-mail van ruim na de bestreden beslissing, waaruit blijkt dat er op 27 oktober 2014 luidruchtige jongelui bier dronken tegenover de winkel. Waarom het engagement van verzoekster, in haar aanvraag van 28 oktober 2014, om alles in het werk te stellen om hinder voor de burens te vermijden niet tegen dit ene voorval opweegt, is onduidelijk.

10. Minstens in de huidige stand van de procedure komt de weigering van verzoeksters aanvraag voor een automatische reflex te zijn waaraan geen deugdelijke afweging en motieven ten grondslag liggen.

Het eerste en het derde middel zijn in de besproken mate ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

11. Een tweede middel is afgeleid “uit de schending van artikelen 119 en 135, § 2 van de Nieuwe Gemeentewet, van artikel 6 van de Wet van 10 november 2006 betreffende de openingsuren in de handel, ambacht en dienstverlening, de vrijheid van handel en nijverheid zoals vervat in het Decreet d’Allarde, [de] beginselen van behoorlijk bestuur, volgens dewelke bestuurshandelingen gebaseerd [moeten zijn] op correcte motieven zowel in feite als in rechte en het proportionaliteitsbeginsel”. Daarin doet verzoekster gelden dat het algemeen politiereglement, zoals aangevuld bij gemeenteraadsbesluit van 6 oktober 2014, onwettig is en op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten beschouwing moet worden gelaten, zodat de bestreden beslissing die op dit onwettig besluit gebaseerd is, om die reden vernietigd moet worden.

Toegelicht wordt dat artikel 6 van de wet van 10 november 2006 voorschrijft dat de toegang van de consument en de verkoop van producten of diensten aan de consument verboden is vóór 18 uur en na 7 uur in de nachtwinkels, behalve als een gemeentelijk reglement andere sluitingsuren bepaalt, dat een afwijking van de wettelijk bepaalde sluitingsuren slechts mogelijk is als dit deugdelijk gemotiveerd wordt en het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd wordt. De enige feitelijke overweging die ten grondslag ligt aan de raadsbeslissing van 6 oktober 2014 is het feit dat de gemeente geconfronteerd wordt met de problematiek van de nachtwinkels. Er wordt in het geheel niet verduidelijkt waaruit de problematiek precies zou bestaan en evenmin waarom een beperking van de openingsuren van nachtwinkels tot 22 uur de enige mogelijke oplossing zou zijn om de vermeende problematiek aan te pakken.

Bovendien kan niet beweerd worden dat er zich een problematiek zou stellen met betrekking tot de nachtwinkels, aangezien er in de gemeente maar één nachtwinkel is. Het besluit van 6 oktober 2014 is een reglementair besluit “dat in feite op maat gemaakt is van verzoekende partij”.

12. Volgens de verwerende partij heeft verzoekster geen belang bij het middel. Aangezien verzoeksters stelling erop neerkomt dat zij de bestreden afwijking niet nodig had om haar exploitatie na 22 uur te kunnen uitoefenen, beoogt zij enkel een uitspraak over de wettigheid van het gemeenteraadsbesluit, niet over de beslissing inzake haar afwijkingsaanvraag.

Voorts kan men niet tegelijkertijd, enerzijds, om de toepassing van een reglement vragen en, anderzijds, stellen dat de overheid het reglement niet mag toepassen.

Het reglement stelt geen absoluut verbod van exploitatie van nachtwinkels met openingsuren ná 22 uur in, maar maakt via de mogelijkheid van afwijking “een op maat van de feitelijke situatie gesneden oplossing mogelijk”. Zo wordt het mogelijk alle belangen in een redelijke mate van evenredigheid te verzoenen. Dat die belangenconfrontatie met betrekking tot nachtwinkels reëel is, is volgens de verwerende partij verzoekster niet onbekend. Zoals verzoekster ook weet dat er door haar onmiddellijke burens geklaagd wordt.

Beoordeling

13. Luidens § 2 van het op 6 oktober 2014 nieuw ingevoegde artikel 85^{quater} gelden bij overtreding van de in § 1 bepaalde openingsuren de strafbepalingen zoals voorzien in de artikelen 19 tot en met 22 van de wet van 10 november 2006 en wordt, tenzij een wet of een decreet andere strafbepalingen bevat, elke overtreding bestraft met een administratieve geldboete van maximum 250 euro, een tijdelijke of definitieve sluiting van de nachtwinkel.

Dat verzoekster in die omstandigheden een afwijking van de openingsuren vroeg en bij weigering ervan de onderhavige vordering ertegen instelt, lijkt haar dan ook bezwaarlijk euvel te kunnen worden geduid.

14. Artikel 6, c), van de wet van 10 november 2006 voorziet voor de nachtwinkels in verplichte sluitingsuren vóór 18 uur en na 7 uur, “behalve als een gemeentelijk reglement andere sluitingsuren bepaalt”.

Aldus legt de gemeenteraadsbeslissing van Sint-Gillis-Rode van 6 oktober 2014 de verplichting op aan nachtwinkels om voor consumenten gesloten te zijn vóór 18 uur en na 22 uur; ruimere openingsuren kunnen alleen ten uitzonderlijke titel op schriftelijk verzoek door het schepencollege worden toegestaan.

Voor die niet geringe beperking van de vrijheid van handel en nijverheid – thans neergelegd in het wetboek van 28 februari 2013 van economisch recht, boek II, titel III – moet de verwerende partij kunnen steunen op draagkrachtige motieven.

15. Deze draagkrachtige motieven zijn vooralsnog niet gebleken, noch uit de formele motivering van de gemeenteraadsbeslissing van 6 oktober 2014, noch uit het administratief dossier.

Tot de aanvulling van het politiereglement is, volgens de formele motivering ervan, beslist omdat “de gemeente wordt geconfronteerd met de problematiek van nachtwinkels”. Zoals de Raad van State dit vooralsnog begrijpt, is het synoniem van: omdat “de gemeente voor het eerst met de komst van een nachtwinkel te maken krijgt”. Daarmee lijkt geen deugdelijke verantwoording gegeven voor de concrete, drastische beperking van de openingsuren voor nachtwinkels, waartoe de gemeenteraad voor het gehele grondgebied van de gemeente overgaat.

Het argument dat het politiereglement geen absoluut verbod inhoudt, omdat er nog de mogelijkheid van afwijking door het college van burgemeester en schepenen is, vergoelikt dat niet.

16. De mogelijkheid waarover het college van burgemeester en schepenen beschikt om van de beperking af te wijken en om in een *in concreto*-oplossing te voorzien waarbij alle belangen in evenwicht worden gebracht, kan te dezen overigens des te minder een excuus vormen. Hiervoor is immers juist gebleken dat de bestreden weigering op het eerste gezicht eerder een kwestie van een automatische reflex is, dan het resultaat van een zorgvuldige *in concreto*-beoordeling.

17. Aangezien de bestreden beslissing lijkt te berusten op een onwettige aanvulling van het politiereglement is, in de besproken mate, ook het tweede middel ernstig.

VI. Voorwaarde van een uiterst dringende noodzakelijkheid

Uiteenzetting in het verzoekschrift

18. Verzoekster zet met betrekking tot de spoedeisendheid en de uiterst dringende noodzakelijkheid uiteen dat de bestreden beslissing desastreuze financiële gevolgen heeft. Doordat de nachtwinkel niet tot 1 uur geopend mag zijn, verliest verzoekster twee derden van haar inkomsten. Het verlies aan cliënteel en omzet dreigt nog hoger op te lopen gelet op de nakende feestperiode, waarin *night shops* traditioneel meer cliënteel plegen te hebben. Rekening gehouden met onder meer de maandelijkse vaste kosten, is de rendabiliteit van de nachtwinkel te Sint-Genesius-Rode door de bestreden beslissing negatief geworden. Indien deze situatie aanhoudt, komt het voortbestaan van de nachtwinkel in het gedrang.

Beoordeling

19. Een afschrift van de bestreden beslissing is op 21 november 2014 aan de raadsman van verzoekster bezorgd. De voorliggende vordering is de elfde dag nadien ingesteld.

De Raad van State deelt niet de zienswijze van de verwerende partij dat dit niet te rijmen valt met de spoed en diligentie vereist in hoofde van een verzoekende partij die een beroep doet op de uiterst dringende noodzakelijkheid.

20. Door de bestreden weigering mag verzoekster haar nachtwinkel te Sint-Genesius-Rode nog amper één tot twee uur langer openhouden dan een gewone dagwinkel. Zij maakt met stukken aannemelijk dat hierdoor haar omzet gekelderd is, in die mate dat het niet ongeloofwaardig is dat voor het voortbestaan van haar nog prille vestiging moet worden gevreesd.

Anders dan de verwerende partij meent, heeft verzoekster niet verzwegen dat zij ook inkomsten uit een uitbating te Sint-Jans-Molenbeek heeft (p. 12 van het verzoekschrift; stuk 4 van verzoekster). Vooralsnog blijkt evenwel niet dat dit het echec van de winkel te Sint-Genesius-Rode kan voorkomen.

In zoverre de verwerende partij tegenwerpt dat niet duidelijk is hoe de gevraagde vernietiging (lees: schorsing) voor verzoekster een nuttig gevolg kan hebben nu het exploitatieverbod na 22 uur voortvloeit uit de gemeenteraadsbeslissing van 6 oktober 2014, is hiervoor *sub* nrs. 13 en volgende vastgesteld dat de bedoelde gemeenteraadsbeslissing ten minste in de huidige stand van de procedure onwettig voorkomt en niet kan verantwoorden dat de verwerende partij verzoekster aan een exploitatieverbod na 22 uur houdt.

21. Verzoekster maakt voldoende aannemelijk dat er een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die zich niet laat verenigen met de behandelingstermijn van de vordering tot schorsing.

Bijgevolg zijn de grondvoorwaarden voor een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vervuld.

VII. Belangenafweging

22. Gelet op artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan de Raad van State op verzoek van onder anderen de verwerende partij besluiten de schorsing niet te bevelen indien de nadelige gevolgen ervan op een kennelijk onevenredige wijze zwaarder wegen dan de voordelen.

In dat verband vraagt de verwerende partij:

“de Raad om rekening te houden met de gevolgen van een eventuele schorsing: de winkel van de verzoekende partij zal opnieuw open blijven tot 1 uur (sluitingsuur dat zij stelt tot oktober 2014 te hebben toegepast). Opnieuw zullen onmiddellijke bureu klachten indienen omwille van de stoornis die deze exploitatie meebrengt. Het risico dat nieuwe exploitanten zich vestigen in een ‘onbeschermde’ gemeente is groot. Het evenwicht in de conflicterende belangen bij exploitatie van nachtwinkels is te delicaat om dit te laten doorbreken door de wettelijke openingsuren (tot 7 uur) van toepassing te maken in de gehele gemeente voor alle nachtwinkels, ongeacht de concrete situatie van de plaats van inplanting van de nachtwinkel.”

23. De argumentatie van de verwerende partij kan niet overtuigen.

Hiervoor, bij de bespreking van de middelen, is juist niét gebleken dat de bestreden beslissing berust op de stoornis die de nachtwinkel van verzoekster voor de onmiddellijke bureu zou meebrengen en is evenmin gebleken dat de bestreden beslissing het evenwichtige resultaat is van een afweging van de betrokken conflicterende belangen. Voorts is niet betwist dat verzoeksters nachtwinkel de enige is op het grondgebied van de gemeente en wordt door de verwerende partij geen enkel element bijgebracht dat van aard is om te doen aannemen dat de vestiging van nieuwe exploitanten een reëel risico is dat zich eerlang dreigt te realiseren.

BESLISSING

De Raad van State schorst de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Genesius-Rode van 6 november 2014 om geen afwijking toe te staan aan de bvba Taha Alimentation met betrekking tot de openingsuren van haar nachtwinkel aan de Trilpopulierenlaan 2.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negen december 2014, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Johan Lust