

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

ARREST

**nr. 248.144 van 13 augustus 2020
in de zaak A. 231.448/XIV-38.441**

In zake:

1. de BV THIS IS MONACO
2. de BV TEE HUIS
3. de BV CEM'S
4. de BV HMS
5. de BV BET NAHRAIN
6. Saad HEBA
7. Eddy OMONDI
8. de BV PARIS LOUNGE
9. de BV SAIFO
10. de BV MOUMEN
11. de BV AVENTRA
12. Can TUNCEL

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Luyckx, Tom Hermans en Bart Verbelen
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nicolas Bonbled, Thomas Eyskens
en Sebastiaan De Meue
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 augustus 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het

ministerieel besluit van 24 juli 2020 houdende wijziging van het ministerieel besluit van 30 juni 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken waarbij werd beslist dat het individueel en collectief gebruik van waterpijpen verboden is in voor het publiek toegankelijke plaatsen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 augustus 2020, om 11.30 uur.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bart Verbelen, die verschijnt voor de verzoekende partijen en advocaten Sebastiaan De Meue en Junior Geysens, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 en regelgeving

3.1. De verzoekende partijen zijn allen uitbaters van shishabars, gelegen in de provincie Antwerpen.

3.2. De verwerende partij neemt sinds medio maart maatregelen die beogen de verspreiding van het coronavirus SARS-CoV-2 tegen te gaan en dus van de ziekte die wordt veroorzaakt door dit virus, COVID-19. Die maatregelen zijn thans inzonderheid opgenomen in het ministerieel besluit van 30 juni 2020 ‘houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’, zoals meermaals gewijzigd (hierna ook: het ministerieel besluit van 30 juni 2020).

3.3. Bij artikel 4 van het ministerieel besluit van 24 juli 2020 ‘houdende wijziging van het ministerieel besluit van 30 juni 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken’ (hierna: het ministerieel besluit van 24 juli 2020) wordt in het ministerieel besluit van 30 juni 2020 een artikel 5bis ingevoegd, dat luidt als volgt:

“Het individueel en collectief gebruik van waterpijpen is verboden in voor het publiek toegankelijke plaatsen.”

Dit is de bestreden maatregel.

Het ministerieel besluit van 24 juli 2020 is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van dezelfde datum en is, wat de bestreden maatregel betreft, in werking getreden op 25 juli 2020.

In de aanhef van het ministerieel besluit van 24 juli 2020 wordt de volgende verantwoording gegeven voor deze maatregel:

“Overwegende dat het delen van een waterpijp tussen verschillende personen in voor het publiek toegankelijke plaatsen een verhoogd besmettingsrisico inhoudt; dat het daarenboven voor de politiediensten vanuit operationeel oogpunt en in termen van efficiëntie moeilijk is om te onderscheiden of het gebruik van een waterpijp op individuele dan wel collectieve manier plaatsvindt.”

In de nota aan de Ministerraad van 24 juli 2020 wordt hierover nog opgemerkt:

“Het gebruik van waterpijpen in voor het publiek toegankelijke plaatsen wordt verboden wegens het bijzondere besmettingsrisico.”

Krachtens artikel 24 van het ministerieel besluit van 30 juni 2020 is de maatregel van toepassing tot en met 31 augustus 2020.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Er is vooralsnog geen noodzaak om uitspraak te doen over de ontvankelijkheidsexcepties die door de verwerende partij in haar nota worden opgeworpen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts 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.

VI. Uiterst dringende noodzakelijkheid

Standpunt van de verzoekende partijen

6. De verzoekende partijen zetten de uiterst dringende noodzakelijkheid van hun vordering in hun inleidend verzoekschrift uiteen als volgt:

“Thans blijkt op een evidente wijze uit de bestreden beslissing zelf dat verzoekende partijen reeds met ingang vanaf 25 juli 2020 worden onderworpen aan een de facto verbod tot het uitoefenen van hun commerciële activiteit die in hoofddeorde bestaat uit het aanbieden van waterpijpen en producten die voor het gebruik daarvan noodzakelijk zijn. Het logische gevolg dat hieruit voortvloeit is dat zij structureel verlieslatend zijn geworden aangezien de hoofdmoot van hun omzet afkomstig is van waterpijpproducten.

De verbodsbepaling voor het gebruik van waterpijpen geldt zowel op het individuele als het collectieve vlak en geldt voor alle voor het publiek toegankelijke plaatsen. Uit de overwegingen van het ministerieel besluit kan minstens impliciet worden afgeleid dat er geen gezondheidsrisico's verbonden zijn aan het individueel gebruik van een waterpijp. Door pragmatische controlemogelijkheden naar voren te schuiven als verantwoording ontstaat een soort van willekeur en zelfs discriminatie met andere ondernemingen die actief zijn in de horeca en zelfs daarbuiten. De ernstige dreiging voor de vrijheid op ondernemen en handelen die op deze manier wordt tot stand gebracht en de onmiddellijke inwerkingtreding op 25 juli 2020 maken dat de uiterst dringende noodzaak wordt aangetoond. Het uiterst dringend karakter van de zaak is voor iedereen meteen duidelijk, gezien de bijzonder korte termijn die voor inwerkingtreding van [...] het ministerieel besluit werd geïnstalleerd en de vergaande gevolgen voor de beroepsuitoefening van verzoekende partijen.

Verzoekende partijen zijn exploitanten van shishabars en leven alle op hen toepasselijke regelgeving stipt na. Zij stellen zich derhalve zonder schorsing van de rechtsgevolgen van het ministerieel besluit bloot aan een willekeurig overheidsoptreden dat discriminerend werkt. Deze dreiging is in een rechtstaat voldoende ernstig en noodwendig teneinde Uw Raad met uiterst dringende noodzaak te vatten.

Verzoekende partijen tonen dan ook aan dat zij op een concrete wijze worden bedreigd met de ernstige financiële gevolgen die voortvloeien uit een de facto sluiting, die op discriminerende wijze geschiedt en waaraan van rechtswege geen compensatiemaatregelen zijn verbonden. Verzoekende partijen kunnen dan ook het resultaat van een vordering tot nietigverklaring onmogelijk afwachten, zonder zich in een toestand te bevinden met onherroepelijke schade-lijke gevolgen.”

Beoordeling

7. Er moet worden aan herinnerd dat de toepassing van de schorsingsprocedure ‘bij uiterst dringende noodzakelijkheid’ een ernstige verstoring teweegbrengt in het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State, dat ze de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak tot een strikt minimum beperkt en de uitoefening van de rechten van verdediging van de verwerende partij aanzienlijk in het gedrang brengt.

De aanwending van die procedure moet dan ook zeer uitzonderlijk blijven in die zin dat ze slechts mag worden aangewend in die enkele gevallen dat door de verzoekende partij op een duidelijke en onomstootbare wijze wordt aangetoond dat de zaak uiterst dringend is.

Luidens artikel 16, § 1, eerste lid, 7°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State’ bevat het verzoekschrift waarin de uiterst dringende noodzakelijkheid wordt aangevoerd, daartoe “een uiteenzetting van de feiten die de uiterst dringende noodzakelijkheid rechtvaardigen”.

Dit betekent dat een verzoekende partij aan de hand van precieze en concrete gegevens in haar inleidend verzoekschrift aannemelijk moet maken dat de schorsing van de tenuitvoerlegging, indien ze pas na het afwikkelen van een gewone schorsingsprocedure zou worden uitgesproken, onherroepelijk te laat zou komen om het nadeel op te vangen dat haar ingevolge de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing treft of dreigt te treffen.

Niet anders dan het geval is in een gewone schorsingsprocedure, is bovendien vereist dat de verzoekende partij het resultaat van de procedure ten gronde niet kan afwachten, op gevaar af zich in een toestand te bevinden waarin schadelijke gevolgen van de bestreden beslissing niet meer door een eventueel vernietigingsarrest of in het kader van het rechtsherstel na een dergelijk arrest kunnen worden goedge maakt.

Daarenboven kan de uiterst dringende noodzakelijkheid niet voortkomen uit de enkele omstandigheid dat ingevolge de doorlooptijd van de zaak een uitspraak volgens de gewone schorsingsprocedure of een uitspraak ten gronde zou tussenkomen in een min of meer verre toekomst, waardoor de gewone schorsings- of annulatieprocedure verzoeker niet toelaat een arrest te verkrijgen voordat de bestreden handeling haar volledige uitwerking heeft gehad. Opdat aan de

voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid zou zijn voldaan, moet deze vaststelling ten minste gepaard gaan met andere feitelijke gegevens die eigen zijn aan de zaak en die aantonen dat de uiterst dringende noodzakelijkheid eraan inherent is.

8.1. Met de bestreden maatregel wordt een tijdelijk verbod ingesteld op het individueel en collectief gebruik van waterpijpen in voor het publiek toegankelijke plaatsen.

In de mate dat de verzoekende partijen in hun uiteenzetting van de uiterst dringende noodzakelijkheid van hun vordering stellen dat dit verbod een “ernstige dreiging voor de vrijheid op ondernemen en handelen” vormt en dat, gelet op de “pragmatische controlemogelijkheden” die als verantwoording naar voren worden geschoven, “een soort van willekeur en zelfs discriminatie met andere ondernemingen die actief zijn in de horeca en zelfs daarbuiten” ontstaat, moet worden opgemerkt dat de verzoekende partijen aldus refereren aan het enige middel dat zij aanvoeren.

De eventuele ernst van een aangevoerd middel toont evenwel de uiterst dringende noodzakelijkheid van de vordering niet aan. Het hiervóór *sub* 5 vermelde artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State stelt twee van elkaar te onderscheiden voorwaarden vast, die beide vervuld moeten zijn opdat de vordering zou kunnen worden ingewilligd. Een eventueel op het eerste gezicht vastgestelde onwettigheid van de bestreden maatregel impliceert nog niet dat de zaak voor de verzoekende partijen urgent is.

De verzoekende partijen blijven ertoe gehouden om, naast het aanvoeren van een ernstig middel, aan de hand van concrete en verifieerbare gegevens ook het bestaan van een uiterste hoogdringendheid inzichtelijk en aanneemelijk te maken.

8.2. Waar de verzoekende partijen voorts betogen dat “[u]it de overwegingen van het ministerieel besluit [...] minstens impliciet [kan] worden afgeleid dat er geen gezondheidsrisico’s verbonden zijn aan het individueel gebruik van een waterpijp”, steunen zij andermaal op hun enige middel en in het bijzonder op de daarin aangevoerde schending van de materiële motiveringsplicht. Ook alzo tonen zij de uiterst dringende noodzakelijkheid van hun vordering niet aan.

9.1. De verzoekende partijen beroepen zich in hoofdzaak op een financieel-economisch nadeel, waar zij stellen dat zij “met ingang [van] 25 juli 2020 worden onderworpen aan een de facto verbod tot het uitoefenen van hun commerciële activiteit die in hoofddorde bestaat uit het aanbieden van waterpijpen en producten die voor het gebruik daarvan noodzakelijk zijn” en dat “[h]et logische gevolg” daarvan is “dat zij structureel verlieslatend zijn geworden aangezien de hoofdmoot van hun omzet afkomstig is van waterpijpproducten”.

9.2. Dat de bestreden maatregel voor de verzoekende partijen een inkrimping van hun handelsactiviteiten en een vermindering van hun daaruit voortkomende inkomsten teweegbrengt, kan worden aangenomen.

Een dergelijk nadeel is evenwel in beginsel herstelbaar en verantwoordt op zich niet de spoedeisendheid, laat staan de uiterst dringende noodzakelijkheid van de vordering. Dat zou alleen anders zijn indien de verzoekende partijen concreet zouden aantonen dat zij ten gevolge van de tenuitvoerlegging van de bestreden maatregel in een zodanige penurie verzeilen dat zij de afloop van de gewone procedure niet kunnen afwachten.

Een financieel verlies kan, behalve indien het tegendeel wordt aangetoond of op zijn minst overtuigend aannemelijk wordt gemaakt, worden hersteld na een eventueel annulatiearrest. Dat gevergde tegenbewijs kan gelegen zijn in de omstandigheid dat de activiteiten van de verzoekende partij voor de Raad van State op een definitieve wijze in gevaar worden gebracht of dat een belangrijk

deel van haar activiteiten moet worden stopgezet, waardoor zij op een faillissement afstevent, of dat het voortbestaan zelf of het financieel evenwicht van de ondernemingsactiviteit ernstig in gedrang wordt gebracht. De financiële gevolgen moeten aldus wezenlijk en onomkeerbaar zijn. Het staat aan de verzoekende partij voor de Raad van State om dit aan de hand van concrete en becijferde gegevens en met stavingsstukken aan te tonen. Zij mag zich niet ertoe beperken louter te stellen dat zij dit nadeel lijdt, zij moet concrete gegevens verstrekken omtrent het bestaan en de omvang ervan.

9.3. In dit geval brengen de verzoekende partijen onvoldoende gegevens aan waaruit zou kunnen blijken dat zij in een zodanig moeilijke financiële positie dreigen terecht te komen dat zij dit nadeel in afwachting van een uitspraak over de gewone procedure niet zouden kunnen verdragen.

Zoals zij zelf erkennen, legt de bestreden maatregel geen sluitingsverplichting op.

De verbodsmaatregel die wordt opgelegd heeft enkel betrekking op het gebruik van waterpijpen in voor het publiek toegankelijke plaatsen. Hij heeft op het eerste gezicht geen betrekking op de verkoop van waterpijpen, ook niet op de verkoop van andere producten die voor het gebruik van waterpijpen nodig zijn, noch op andere commerciële activiteiten.

Voor zover de verzoekende partijen stellen dat “op een evidente wijze” uit de bestreden maatregel blijkt dat zij worden onderworpen aan “een *de facto* verbod tot het uitoefenen van hun commerciële activiteit die in hoofdorde bestaat uit het aanbieden van waterpijpen en producten die voor het gebruik daarvan noodzakelijk zijn”, moet worden opgemerkt dat dit voor geen enkele van de twaalf verzoekende partijen aan de hand van concrete en verifieerbare gegevens wordt onderbouwd. Dat de bestreden maatregel *de facto* een verbod tot het uitoefening van hun commerciële activiteiten tot gevolg zou hebben, zoals zij aanvoeren, blijkt alvast niet uit de statuten van de vennootschappen die als verzoekende

partijen optreden. Uit deze statuten blijkt dat voor geen van deze verzoekende partijen het statutair doel van de vennootschap beperkt is tot het aanbieden van het gebruik van waterpijpen of de uitbating van een shishabar, maar integendeel dat de statutaire doelen veel ruimer zijn omschreven.

Het ontbreken van dergelijke concrete en verifieerbare gegevens is des te prangender nu overeenkomstig artikel 6 van de wet van 22 december 2009 ‘betreffende een regeling voor rookvrije plaatsen en ter bescherming van de bevolking tegen tabaksrook’ de uitbater van een gesloten plaats die toegankelijk is voor het publiek, een rookkamer kan installeren waarvan de oppervlakte “niet meer [mag] bedragen dan een vierde van de totale oppervlakte van de gesloten plaats”, zodat de vraag rijst welke inkomsten de zaken van de respectieve verzoekende partijen uit hun andere activiteiten halen.

De verzoekende partijen brengen dan ook onvoldoende gegevens aan waaruit zou kunnen blijken dat zij in een zodanig moeilijke financiële positie dreigen terecht te komen door het opleggen van een maatregel die betrekking heeft op één activiteit, namelijk het gebruik van waterpijpen, dat zij dit nadeel niet langer kunnen verdragen. Noch uit hun uiteenzetting, noch uit de daaraan toegevoegde stukken blijkt welk deel deze activiteit vertegenwoordigt in hun zakencijfers.

Evenmin overtuigen de verzoekende partijen waar zij stellen dat zij ingevolge het bestreden besluit “structureel” verlieslatend zijn. Het gaat voornog immers om een tijdelijke maatregel, die krachtens artikel 24 van het ministerieel besluit van 30 juni 2020 van toepassing is tot en met 31 augustus 2020. Gelet op die korte periode is het hoe dan ook verre van evident dat de verzoekende partijen deze periode financieel niet zouden kunnen overbruggen en dat het voortbestaan van hun respectieve zaken door de maatregel zou zijn bedreigd.

9.4. In elk geval blijkt dat slechts met betrekking tot twee van de twaalf verzoekende partijen een concreet stuk wordt neergelegd dat de dagop-

brengsten van de maand juli vermeldt en waaruit volgens de verzoekende partijen omzetverlies zou blijken.

Dit beweerde omzetverlies wordt echter niet gezien in het licht van het zakencijfer, noch van het eigen vermogen van de onderneming.

Naast de vaststelling dat deze stukken slechts betrekking blijken te hebben op twee van de twaalf verzoekende partijen, tonen deze stukken ook niet aan dat het volledige omzetverlies van 24 tot 31 juli een gevolg is van de bestreden maatregel als zodanig. Uit deze stukken blijkt immers dat deze verzoekende partijen zelf hebben besloten om tot sluiting over te gaan. Het financiële nadeel dat zij thans beweren te ondergaan, lijkt dan ook minstens ten dele een gevolg van die eigen keuze.

10. Het argument van de verzoekende partijen dat aan de bestreden maatregel “van rechtswege geen compensatiemaatregelen zijn verbonden” overtuigt evenmin.

De verwerende partij wijst in haar nota op tal van tijdelijke gunstmaatregelen en een arsenaal van steunmaatregelen vanwege zowel de federale overheid als de Vlaamse overheid die de verzoekende partijen zouden kunnen helpen om deze periode te overbruggen.

De verzoekende partijen maken alvast niet aannemelijk dat zij voor geen van deze maatregelen in aanmerking zouden komen of dat ze ontoereikend zouden zijn.

De bij het verzoekschrift gevoegde e-mailcorrespondentie met de federale overheid van 28 en 29 juli 2020 toont op zich niet aan dat de verzoekende partijen niet voor federale steunmaatregelen in aanmerking kunnen komen, wel dat dit geval per geval zal moeten worden bekeken, zodat gevraagd wordt om per onderneming een aanvraagformulier in te dienen.

Uit het e-mailbericht van het agentschap Innoveren & Ondernemen van de Vlaamse Overheid van 5 augustus 2020 dat de verzoekende partijen nog hebben neergelegd als een aanvullend stuk, blijkt voorts enkel dat de verzoekende partijen bij de Vlaamse overheid geen “corona hinderpremie (sluitingspremie)” kunnen aanvragen, aangezien deze enkel wordt toegekend aan ondernemingen die verplicht zijn om volledig te sluiten. Het schrijven wijst daarnaast echter uitdrukkelijk op de mogelijkheid voor ondernemingen om een “corona ondersteuningspremie” aan te vragen.

11. De omstandigheid, ten slotte, dat de bestreden maatregel reeds daags na het nemen ervan en de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad in werking is getreden, toont evenmin aan dat aan de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid is voldaan. Het louter uitvoerbaar karakter van een reglementair besluit op zich is immers niet voldoende om het gevaar voor een onherroepelijk schadelijk gevolg te staven.

12. Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partijen de uiterst dringende noodzakelijkheid van hun vordering niet aantonen.

13. Bijgevolg is niet voldaan aan alvast één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn opdat een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid zou kunnen worden ingewilligd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden, elk wat haar deel betreft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 2400 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwe-rende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 augustus tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Bert Thys,
bijgestaan door

Elisabeth Impens,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Bert Thys