

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.512 van 19 januari 2021
in de zaak A. 225.800/X-17.291**

In zake : de BVBA AHMAD BUSINESS
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bertrand Vrijens
 kantoor houdend te 9000 Gent
 Kortrijksesteenweg 641
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

 de STAD GENT
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Thomas Eyskens en Sebastiaan De Meue
 kantoor houdend te 1000 Brussel
 Bischoffsheimlaan 33
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 juli 2018, strekt tot de nietigverklaring van de weigering van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 24 mei 2018 om de bvba Ahmad Business een vestigingsvergunning te verlenen voor een nachtwinkel te 9000 Gent, Bevrijdingslaan 109.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekster heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Sofie De Doncker heeft een verslag opgesteld.

Verzoekster heeft een verzoek tot voortzetting van het geding ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 november 2020.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Filip Stouthuysen, die *loco* advocaat Bertrand Vrijens verschijnt voor verzoekster, en advocaten Sebastiaan De Meue en Maartje Jongbloet, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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. In de stad Gent is, ten gevolge van de politieverordening ‘betreffende de vestiging en de openingsuren van nachtwinkels en private bureaus voor telecommunicatie’, zoals gewijzigd bij gemeenteraadsbeslissing van 26 juni 2012 (hierna: de politieverordening van 26 juni 2012), met ingang van 1 juli 2012 de vestiging van een nachtwinkel onderworpen aan een voorafgaande vergunning door het college van burgemeester en schepenen; voor het verkrijgen van een vestigingsvergunning moet een schriftelijke aanvraag worden ingediend (artikel 7, § 1). Wordt de uitbating van een nachtwinkel stopgezet en wordt daarna een nieuwe nachtwinkel op dezelfde locatie gevestigd, dan dient voor de nieuwe vestiging een aanvraag tot vestigingsvergunning te worden ingediend (artikel 7, § 4).

Op 25 maart 2013 beslist de gemeenteraad van de stad Gent dat, “om niet als een nieuwe vestiging in de zin van artikel 7, § 4” te worden beschouwd, een overname van een nachtwinkel “effectief [dient] te gebeuren binnen een termijn van 3 maanden ofwel na de feitelijke stopzetting door de vorige uitbater (zoals vastgesteld door Gemeenschapswacht of Politie) ofwel na de schrapping in de Kruispuntbank van Ondernemingen”.

4. Op 13 september 2012 verleent het college van burgemeester en schepenen een vestigingsvergunning aan Hamza Business International voor haar nachtwinkel te 9000 Gent, Bevrijdingslaan 109.

Vermits uit de Kruispuntbank voor ondernemingen blijkt dat met ingang van 30 maart 2016 een vestigingseenheid van verzoekster in de Bevrijdingslaan 109 te 9000 Gent staat ingeschreven, vraagt de verwerende partij haar met een schrijven van 6 juni 2017 om een kopie van de overnameovereenkomst.

Nadat verzoekster drie deadlines voor een antwoord – namelijk 23 juni 2017, 16 augustus 2017 en 15 september 2017 – liet verstrijken, deelt zij op 27 september 2017 mee dat “er geen sprake [is] van enige overname zodat er ook geen overname-overeenkomst aanwezig is, noch dient voorgelegd te worden”.

Het college van burgemeester en schepenen beslist op 16 november 2017 de vestigingsvergunning voor een nachtwinkel in het pand Bevrijdingslaan 109 te 9000 Gent op te heffen wegens de schrapping van de vestigingseenheid en de opening van het faillissement van Hamza Business International. Overwogen wordt dat de vestigingseenheid waarvoor verzoekster sedert 30 maart 2016 in de Kruispuntbank voor ondernemingen staat ingeschreven, een nieuwe vestigingseenheid betreft en dat een nieuwe vestiging slechts mogelijk is met een vergunning verleend op basis van een aanvraag.

Tegen de collegebeslissing van 16 november 2017 stelt verzoekster bij de Raad van State het beroep gekend onder nr. A. 224.288/X-17.118 in. Het beroep wordt bij arrest nr. 249.511 van 19 januari 2021 verworpen.

5. Door verzoekster wordt een 26 januari 2018 gedateerde aanvraag bij de verwerende partij ingediend voor het verkrijgen van een vestigingsvergunning voor een nachtwinkel te 9000 Gent, Bevrijdingslaan 109.

De vestigingsvergunning wordt bij beslissing van 24 mei 2018 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent geweigerd. Gemotiveerd wordt dat de aanvraag beoordeeld werd op basis van de criteria in artikel 9, § 2, van de politieverordening van 26 juni 2012, dat de vestigingseenheid zich niet mag bevinden binnen een perimeter van 500 meter van een bestaande vergunde nachtwinkel of privaat bureau voor telecommunicatie, en dat er binnen die perimeter drie vergunde nachtwinkels en één vergunde belwinkel gelegen zijn. Deze collegebeslissing is het voorwerp van voorliggend beroep.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. Verzoekster leidt een eerste middel af uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de formelemotiveringswet), en van de motiverings- en de zorgvuldigheidsverplichting.

In de eerste plaats weidt verzoekster uit over de opheffing, bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 16 november 2017, van de vestigingsvergunning voor een nachtwinkel te 9000 Gent, Bevrijdingslaan 109, wegens de schrapping van de vestigingseenheid en opening van het faillissement van Hamza Business International. Verzoekster deelt

mee dat zij voorafgaand aan die beslissing een geldige overnameovereenkomst tussen haar en Hamza Business International aan de stad heeft bezorgd, maar dat de stad daar geen rekening mee heeft gehouden.

In de tweede plaats bekritiseert zij dat noch de politie-verordening van 26 juni 2012 noch de bestreden beslissing een motivering bevatten waarom de ruimtelijke ligging van de handelszaak – binnen een perimeter van 500 meter van een bestaande nachtwinkel of een bestaand bureau voor telecommunicatie – “een grond zou zijn om de nieuwe vergunningsaanvraag voor de bestaande handelszaak te weigeren”.

Beoordeling

7. De beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 16 november 2017 tot opheffing van de vestigingsvergunning voor een nachtwinkel te 9000 Gent, Bevrijdingslaan 109, verleend aan Hamza Business International, maakt niet het voorwerp van voorliggend beroep uit, maar van het beroep in de zaak met nr. A. 224.288/X-17.118, verworpen bij arrest nr. 249.511 van 19 januari 2021. Verzoeksters uitweiding over de wettigheid van die beslissing doet hier niet ter zake.

8. Artikel 7, § 2, van de politieverordening van 26 juni 2012 luidt:

“Het College van Burgemeester en Schepenen kan de vergunning voor de vestiging van een nachtwinkel of een privaat bureau voor telecommunicatie weigeren op grond van:

- De ruimtelijke ligging van de handelszaak

Er wordt geen vergunning voor de vestiging van een nachtwinkel of een privaat bureau voor telecommunicatie verleend indien de vestigingseenheid zich bevindt binnen een perimeter van 500 meter van een bestaande nachtwinkel of een privaat bureau voor telecommunicatie. De minimumafstand van 500 meter vertegenwoordigt de afstand in vogelvlucht, van drempel tot drempel.

- De handhaving van de openbare orde, veiligheid en rust.

Hiervoor baseert het College van Burgemeester en Schepenen zich op een advies van de lokale politie met betrekking tot de mogelijke verstoring van de openbare orde, veiligheid en rust door deze handelszaak en tot eventuele aanbevelingen om deze verstoring te voorkomen.”

In tegenstelling tot wat verzoekster beweert, beschikte de gemeenteraad voor die bepaling wel degelijk over een redengeving (stuk I.1):

“Op het grondgebied van de stad Gent zijn er tot op heden 92 nachtwinkels gevestigd. In bepaalde buurten is er een wildgroei ontstaan waarbij in bepaalde straten meerdere nachtwinkels zijn gevestigd (hetzelfde geldt voor wat betreft de private bureaus voor telecommunicatie).

Een hoge concentratie van nachtwinkels of private bureaus voor telecommunicatie in een bepaalde buurt kan leiden tot ernstige verstoringen van de leefbaarheid, en dit dient vermeden te worden.

Een te grote concentratie is immers onverenigbaar met het algemeen woonkarakter van de woonomgeving. Het drankgebruik, geluidshinder en nachtlawaai, aan- en afrijden van motorrijtuigen en wildparkeren en alle ermee gepaard gaande overlast kan immers de veiligheid en (nacht)rust van de inwoners ernstig in het gedrang brengen. Bovendien zou alle bijkomende overlast een verhoogde inzet van de politionele diensten betekenen wat niet de bedoeling kan zijn.

Uit een recent overzicht van de politionele vaststellingen in de onmiddellijke omgeving van betrokken vestigingen blijkt afdoende dat er sprake is van een verstoring van de openbare orde en veiligheid. Zo zijn er diverse tussenkomsten geweest voor geluidshinder, vandalisme, sluikstorten, vechtpartijen, ... Een ruimtelijke spreiding is dan ook het aangewezen middel om de groei aan nachtwinkels en private bureaus voor telecommunicatie in goede banen te leiden en de kwaliteit ervan hoog te houden.”

9. Er is bijgevolg reden om het middel in zijn geheel te verwerpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. Een tweede middel wordt afgeleid uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, van de zorgvuldigheidsverplichting en van de hoorplicht.

Verklaard wordt dat de verwerende partij verzoekster gehoord moest hebben nu de bestreden maatregel rechtstreeks op haar van toepassing is. Er kan slechts in bepaalde gevallen van de hoorplicht worden afgeweken. Te dezen is niet voldaan aan één van deze uitzonderingen, noch heeft de verwerende partij

gemotiveerd waarom zij zich op één van deze uitzonderingen zou kunnen beroepen.

Beoordeling

11. Volgens het hiervoor geciteerde artikel 7, § 2, van de politieverordening van 26 juni 2012 wordt geen vergunning voor de vestiging van een nachtwinkel verleend indien de vestigingseenheid zich bevindt binnen een perimeter van 500 meter, in vogelvlucht gemeten, van een bestaande nachtwinkel of een privaat bureau voor telecommunicatie.

De bestreden beslissing weigert verzoekster de gevraagde vestigingsvergunning omdat uit onderzoek van de dienst Economie is gebleken dat er binnen de vermelde perimeter drie vergunde nachtwinkels (Bevrijdingslaan 290, Phoenixstraat 172 en Rooigemlaan 609) en één vergunde belwinkel (Bevrijdingslaan 141) gelegen zijn.

12. Voor zoveel de hoorplicht te dezen al in principe van toepassing zou zijn geweest, verkeerde de verwerende partij kennelijk, en zonder dat het speciaal toelichting behoeft, in één van de gevallen waarin er volgens verzoekster zelf van de hoorplicht mag worden afgezien: “wanneer de feiten duidelijk zijn of er slechts één besluit mogelijk is”.

13. Het tweede middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een derde middel voert verzoekster de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, evenals de “[s]chending van protocol 12 bij het EVRM en de Belgische Antidiscriminatiewet”.

Zij argumenteert in de eerste plaats dat noch de politieverordening van 26 juni 2012, noch de bestreden beslissing motiveert waarom geen vergunning kan worden verleend voor de vestiging van een nachtwinkel die zich binnen een perimeter van 500 meter bevindt van een bestaande nachtwinkel of een bestaand bureau voor telecommunicatie.

In de tweede plaats benadrukt verzoekster dat op de locatie die zij beoogt sedert jaren een nachtwinkel gevestigd was die zij wenste voort te exploiteren. De overname van de vestigingsvergunning is evenwel “ongegrond geweigerd”.

Ten derde is het slechts nadat verzoekster genoodzaakt was een nieuwe vestigingsvergunning aan te vragen dat de verwerende partij “plots” melding maakt van het criterium van de ruimtelijke ligging als weigeringsgrond. Verzoekster wordt aldus “onrechtmatig het recht ontzegd om [haar] beroepsactiviteit verder te zetten op grond van de zagezegde ruimtelijke ligging van [haar] vestiging”. Andere nachtwinkels in dezelfde omgeving en met dezelfde ruimtelijke ligging hebben zonder probleem een vergunning gekregen. Verzoekster is het slachtoffer van ongeoorloofde directe discriminatie. Bovendien is er disproportionaliteit tussen, eensdeels, de bestreden weigering en haar zware financiële gevolgen en, anderdeels, het te realiseren doel, zijnde kennelijk de ruimtelijke ordening.

Beoordeling

15. In zoverre het middel een herhaling is van het eerste middel, moet het worden verworpen om de redenen *sub* nrs. 7 en 8.

16. Er is niets onverhoeds (“plots”) aan de omstandigheid dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing toepassing heeft gemaakt van de politieverordening van 26 juni 2012.

Deze verordening schrijft in artikel 7, § 2 voor dat geen vergunning voor de vestiging van een nachtwinkel kan worden verleend indien de

vestigingseenheid zich bevindt binnen een perimeter van 500 meter van een bestaande nachtwinkel of een privaat bureau voor telecommunicatie, en in artikel 7, § 4, dat indien de uitbating van een nachtwinkel wordt stopgezet en daarna een nieuwe nachtwinkel op dezelfde locatie wordt gevestigd, voor deze nieuwe vestiging een aanvraag tot vestigingsvergunning moet worden ingediend.

Evenwel is er, overeenkomstig een beslissing van de gemeenteraad van de stad Gent van 25 maart 2013, geen sprake van een nieuwe vestigingseenheid in geval van de overname van een nachtwinkel, wanneer de eigenlijke overname effectief gebeurt binnen een termijn van drie maanden ofwel na de feitelijke stopzetting door de vorige uitbater, zoals vastgesteld door de gemeenschapswacht of politie, ofwel na de schrapping in de Kruispuntbank van ondernemingen.

Dat verzoekster niet het voordeel van deze regeling bij een overname geniet en dat haar vestiging te 9000 Gent, Bevrijdingslaan 109, wordt beschouwd als een nieuwe vestigingseenheid waarvoor een nieuwe vestigingsvergunning vereist is, houdt hiermee verband dat de vestigingsvergunning van de vorige uitbater van een nachtwinkel op dat adres, Hamza Business International, werd opgeheven bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 16 november 2017. Zoals mag blijken uit het arrest nr. 249.511 van 19 januari 2021 heeft verzoekster een en ander alleen aan zichzelf te wijten.

17. Welke andere uitbaters van een nachtwinkel, die in dezelfde of een vergelijkbare situatie als verzoekster verkeren en zonder probleem wel een vestigingsvergunning verkregen, laat verzoekster na concreet aan te wijzen.

18. Uit het voorgaande volgt dat zij niet doet aannemen het slachtoffer te zijn van een discriminatie of een onevenredige behandeling door de verwerende partij.

Ook in zoverre wordt het derde middel verworpen.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

19. In een vierde middel doet verzoekster in de eerste plaats gelden dat de bestreden beslissing gestoeld is op een politieverordening die onwettig is, want in strijd met de wet van 10 november 2006 ‘betreffende de openingsuren in handel, ambacht en dienstverlening’ (hierna: de wet van 10 november 2006). Artikel 18, § 2, van die wet is duidelijk. Een plaatselijk reglement kan de vestiging van de nachtwinkel slechts beperken op grond van twee cumulatieve voorwaarden, namelijk de ruimtelijke ligging en de handhaving van de openbare orde, veiligheid en rust. De verwerende partij heeft het in de politieverordening van 26 juni 2012 evenwel mogelijk gemaakt een vestigingsvergunning te weigeren op grond van ofwel de ruimtelijke ligging, ofwel de verstoring van de openbare orde. Zij heeft vervolgens de vergunningsaanvraag van verzoekster uitsluitend geweigerd op grond van de ruimtelijke ligging.

In de tweede plaats noemt verzoekster in het vierde middel de bestreden beslissing “een ongerechtvaardigde en disproportionele beperking van de vrijheid van handel en nijverheid die volgt uit het decreet d’Allarde van 2 en 17 maart 1791 en artikel 23 van de Grondwet”. Volgens verzoekster toont de verwerende partij niet aan dat de politieverordening van 26 juni 2012, waardoor een vergunning kan worden geweigerd op grond van slechts één van de cumulatieve voorwaarden waarin de wet van 10 november 2006 voorziet, een noodzakelijk en nuttig karakter heeft. Er is, aldus verzoekster, “sprake van disproportionaliteit tussen de geweigerde vergunning voor de bestaande nachtwinkel, met alle uiteraard zware financiële gevolgen, en het te realiseren doel voor verweerder, zijnde blijkbaar slechts de ruimtelijke ordening en niet enige vorm van overlast”.

Beoordeling

20. Artikel 18 van de wet van 10 november 2006 luidt:

“§ 1 Een gemeentelijk reglement kan ieder ontwerp van nachtwinkel of privaat bureau voor telecommunicatie onderwerpen aan een voorafgaande vergunning verleend door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente waar de geplande nachtwinkel of privaat bureau voor telecommunicatie zal worden uitgebaat.

Deze vergunning kan worden geweigerd op basis van criteria:

- die niet-discriminatoir zijn;
- die gerechtvaardigd zijn om een dwingende reden van algemeen belang, namelijk de ruimtelijke ligging van de vestigingseenheid, de handhaving van de openbare orde, veiligheid en rust;
- die duidelijk, ondubbelzinnig en objectief zijn;
- die vooraf openbaar bekendgemaakt worden;
- en die transparant en toegankelijk zijn.

Deze criteria worden verduidelijkt in een gemeentelijk reglement.

§ 2 Dit reglement kan ook, op grond van de ruimtelijke ligging en van de handhaving van de openbare orde, veiligheid en rust, de vestiging en de uitbating van nachtwinkels en privaat bureaus voor telecommunicatie tot een gedeelte van het grondgebied van de gemeente beperken, zonder dat dit kan leiden tot een algemeen verbod of een kwantitatieve beperking op dit soort vestigingen op het grondgebied van de gemeente.

§ 3 De burgemeester kan de sluiting bevelen van de nachtwinkels en privaat bureaus voor telecommunicatie die worden uitgebaat in overtreding op het gemeentelijk reglement of de beslissing van het college van burgemeester en schepenen genomen in uitvoering §§ 1 en 2.”

Op grond van die bepaling heeft de gemeenteraad van de stad Gent op 26 juni 2012 onder meer voorzien in volgend criterium tot weigering van de vergunning voor de vestiging van een nachtwinkel:

“Er wordt geen vergunning voor de vestiging van een nachtwinkel [...] verleend indien de vestigingseenheid zich bevindt binnen een perimeter van 500 meter van een bestaande nachtwinkel of een privaat bureau voor telecommunicatie. De minimumafstand van 500 meter vertegenwoordigt de afstand in vogelvlucht, van drempel tot drempel.”

Zoals uit randnr. 8 blijkt, strekt het criterium ertoe een te hoge concentratie van nachtwinkels in bepaalde buurten te vermijden omdat dit onverenigbaar is met het algemeen woonkarakter van de woonomgeving en, zoals gestaafd door politionele vaststellingen, aanleiding kan geven tot overlast, die de veiligheid en de rust van de inwoners ernstig in het gedrang kunnen brengen en een verhoogde inzet van de politionele diensten noodzaken.

21. Naar aldus blijkt, wordt het in de bestreden beslissing toegepaste weigeringscriterium wel degelijk gerechtvaardigd door motieven met betrekking

tot de ruimtelijke ligging van de vestigingseenheid en de handhaving van de openbare orde, veiligheid en rust. Voorts wordt door verzoekster niet aannemelijk gemaakt dat die motieven onvoldoende zijn om te staven dat het weigeringscriterium, in het licht van het nagestreefde doel, nuttig, noodzakelijk en proportioneel is.

22. Het vierde middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. Verzoekster wordt verwezen in de kosten van het beroep, begroot op het rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een aan de verwerende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negentien januari tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
Jan Clement,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Lust