

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.772 van 10 februari 2023
in de zaak A. 238.329/X-18.331**

In zake: Can Burak TUNCEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kris Luyckx
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 122 bus 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 februari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 27 januari 2023 om de uitbatingsvergunning voor een shishabar aan Can Burak Tuncel, voor de inrichting The Sultanz te 2018 Antwerpen, Statiestraat 5, te schorsen gedurende een periode van zes maanden.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 februari 2023, om 14.30 uur.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bart Verbelen, die loco advocaat Kris Luyckx verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Hans-Kristof Carême, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt 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

3.1. Verzoeker krijgt op 2 juni 2014 een uitbatingsvergunning voor het uitbaten van de shishabar The Sultanz, Statiestraat 5 te 2018 Antwerpen.

3.2. Bij een politiecontrole op 21 mei 2022 worden inbreuken op het politiereglement uitbatingsvergunning vastgesteld. Met een brief van 8 juni 2022 nodigt de burgemeester verzoeker uit om te worden gehoord op 21 juni 2022.

Ook bij een politiecontrole op 25 juli 2022 worden inbreuken op het politiereglement uitbatingsvergunning vastgesteld. De burgemeester vraagt verzoeker met een brief van 2 augustus 2022 zijn schriftelijk verweer ten laatste op 10 augustus 2022 te willen bezorgen.

Op 14 november 2022 geeft de politie een ongunstig moraliteitsadvies voor verzoeker en zijn zaak. Ook het financieel onderzoek van verzoekers zaak door de politie resulteert in een ongunstig advies.

Tijdens een hoorzitting van 2 december 2022 brengt verzoeker over een en ander een mondeling verweer naar voor.

3.3. Op 6 januari 2023 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen verzoekers uitbatingsvergunning voor een shishabar in te trekken.

De beslissing wordt bij arrest nr. 255.555 van 24 januari 2023 door de Raad van State geschorst omdat, op het eerste gezicht, “de verwerende partij zich een onjuiste voorstelling heeft gemaakt van de concrete gevolgen van haar beslissing voor verzoeker”. Namelijk ging zij ervan uit dat verzoeker na zes maanden voor dezelfde locatie en voor dezelfde bestemming een nieuwe uitbatingsvergunning kon aanvragen én verkrijgen. Die mogelijkheid lijkt in de praktijk onbestaande.

3.4. Op 27 januari 2023 trekt het college van burgemeester en schepenen de geschorste beslissing in en beslist het om verzoekers uitbatingsvergunning te schorsen gedurende een periode van zes maanden

IV. Schorsingsvoorwaarden

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

Standpunt van de partijen

5. Verzoeker leidt een *eerste middel* af uit de schending van het subsidiariteitsbeginsel. Betoogd wordt dat een minder verregaande administratieve sanctie – een administratieve geldboete – “de enige juiste oplossing” was. Na elke inbreuk deed verzoeker onmiddellijk het nodige om zich in regel te stellen.

In een *tweede middel* wordt de schending van het proportionaliteitsbeginsel aangevoerd: verzoeker ging na elke controle onmiddellijk tot regularisatie over; sommige inbreuken steunen alleen “op de ‘algemene indruk’ van de politie” en voor sommige “‘ernstige’ inbreuken” wordt uitsluitend verwezen naar een beetje stof of naar één enkele schaal met kooltjes die slechts enkele minuten op de vloer stond; de ernst van de vastgestelde inbreuken is “relatief beperkt”; een schorsing voor maar liefst zes maanden is onevenredig zwaar in verhouding tot de feiten, des te meer aangezien geen rekening wordt gehouden met de eerdere (ingetrokken) sluiting van 6 januari 2023.

Volgens een *derde middel* is de materiële motiveringsplicht geschonden. De motivering in verband met de controle op 21 mei 2022 van de uitbatingsvergunning en het UBO-register is tegenstrijdig. Het is onjuist dat verzoeker niet de kansen zou grijpen die hij krijgt, om zich in regel te stellen.

6. In de nota reageert de verwerende partij, wat het eerste middel betreft, dat verzoeker zich slechts conformeert nadat hij er, meermaals, op gewezen werd dat hij zich aan de voorwaarden van het politiereglement moet houden. De overtredingen keren steeds weer. In het verleden is al verschillende malen een administratieve geldboete opgelegd en is verzoeker meermaals formeel ervoor gewaarschuwd dat een volgende inbreuk zelfs tot een intrekking van de uitbatingsvergunning kan leiden. De veelheid aan overtredingen én het gegeven

dat verzoeker zich slechts conformeert na waarschuwingen en sancties staven dat de bestreden beslissing niet onevenredig is.

De verwerende partij voegt daar met betrekking tot het tweede middel aan toe dat zij betwist dat de vastgestelde inbreuken slechts relatief ernstig zouden zijn. Ook acht zij de proportionaliteit tussen de feiten en de zwaarte van de sanctie afdoende gemotiveerd in de bestreden beslissing.

Aangaande het derde middel ziet de verwerende partij geen tegenstrijdigheid in de motivering van de bestreden beslissing. Zij vraagt zich af welk belang verzoeker erbij heeft om slechts één motief op de korrel te nemen “zonder tegelijk alle andere motieven te betwisten”. Overigens is volgens haar verzoeker zelf tegenstrijdig: “hoe kan men beweren zich ‘steeds’ onmiddellijk in regel te hebben gesteld, wanneer blijkt dat er ‘steeds opnieuw’ vaststellingen op zijn gevolgd, ‘steeds opnieuw’ waarschuwingen dienden te worden gegeven?”

Beoordeling

7. De bestreden beslissing telt 27 bladzijden. De eigenlijke “Verantwoording van de opgelegde sanctie” luidt:

“Ondanks herhaalde waarschuwingen van het college van burgemeester en schepenen in 2015 en 2018, blijven tal van inbreuken onverminderd voorbestaan. Bij politionele controles werden er zeer geregeld inbreuken vastgesteld op het reglement uitbatingsvergunning en de code van politiereglementen van de stad Antwerpen, alsook op de federale camera- en rookwetgeving.

Op het vlak van de moraliteitsvoorwaarden (zoals het financieel onderzoek) voldoet de uitbating nog steeds niet aan de toepasselijke regelgeving. De overtredingen zijn afdoende bewezen.

Uit de historiek van het dossier en de recente vaststellingen blijkt dat de betrokkene het niet nauw neemt met de regels die betrekking hebben op de exploitatie van een shishabar. De verschillende vaststellingen evenals de waarschuwingen tonen aan dat de betrokkene wel degelijk op de hoogte is of geacht mag worden te zijn van de stedelijke (en hogere) reglementering. Betrokkene houdt zich dus moedwillig niet aan de voorschriften die de stad Antwerpen hieraan verbindt.

De recente inbreuken op de hygiëne- en brandveiligheidsvoorschriften, waarbij de waterpijpen net boven de vuilbakken of op de grond worden bewaard en waarbij de werknemer van de betrokkene een schaal brandende kolen zomaar op de grond zet op een plaats waar klanten passeren, toont aan dat de betrokkene zijn inrichting uitbaat op een wijze die stelselmatig in strijd is met de gemeentelijke voorschriften.

Hoewel aan de betrokkene meerdere kansen werden geboden om zich in regel te stellen, onder meer via herhaalde waarschuwingen door de stad, grijpt de betrokkene deze kansen niet. Het is duidelijk dat de betrokkene het niet nauw neemt met de geldende regelgeving en zich ook pas na herhaalde waarschuwingen laattijdig en slechts gedeeltelijk in regel stelt.

De wijze van uitbating van de inrichting en het feit dat de waarschuwingen in de wind worden geslagen, tonen aan dat de uitbater zich niet redelijkerwijze gedraagt zoals van een verantwoordelijke uitbater mag verwacht worden.

Tot op heden wordt ten aanzien van de inrichting steeds een negatief moraliteitsadvies gegeven, waarbij onder meer de herhaaldelijke inbreuken op de rookwetgeving als actuele en voor shishabars relevante elementen in overweging worden genomen.

De betrokkene blijft de eindverantwoordelijke en het getuigt van weinig verantwoordelijkheidszin en schuldinzicht de schuld af te schuiven op zijn personeel.

Het komt aan het college toe om uit te maken welke sanctie het meest gepast is om de herhaalde inbreuken op het uitbatingsreglement te sanctioneren en te voorkomen dat bepalingen opgenomen in het uitbatingsreglement in de toekomst nog worden overtreden.

Voor het bepalen van de sanctie voor de inbreuken inzake de moraliteitsverplichtingen, de inbreuken betreffende de wettelijke verplichtingen die verband houden met de exploitatie die gedurende de uitbating moeten worden nageleefd, wordt rekening gehouden met: het herhaald en moedwillig karakter van de inbreuken op de voorschriften om een shishabar te exploiteren, waaronder de rookwetgeving, ondanks herhaalde politionele tussenkomst evenals een formele waarschuwing van het college en eerdere administratieve en strafrechtelijke sancties.

De houding van de uitbater toont onomstotelijk aan dat hij zich niet conformeert, noch wenst te conformeren aan de geldende regelgeving. De verschillende vaststellingen waarvan processen-verbaal werden opgemaakt, opeenvolgend in de tijd, zijn hiervan het bewijs.

[...]

Op heden is er nog steeds geen enkele zekerheid dat de betrokkene in de toekomst de inrichting zal uitbaten op een wijze die wel verzoenbaar is met de gemeentelijke en hogere regelgeving en die een gezonde bedrijfsvoering voorstaat.

Een bestuurlijke sanctie heeft in wezen steeds een vergeldend karakter, maar is nog meer gericht op het vermijden van recidive naar de toekomst toe. Het komt aan het college van burgemeester en schepenen toe om uit te maken welke sanctie het meest gepast is om de herhaalde inbreuken op het uitbatingsreglement te sanctioneren en te voorkomen dat bepalingen

opgenomen in het uitbatingsreglement in de toekomst nog worden overtreden.

Voor het bepalen van de sanctie voor de inbreuken inzake de moraliteitsverplichtingen, de inbreuken betreffende de wettelijke verplichtingen die verband houden met de exploitatie die gedurende de uitbating moeten worden nageleefd, wordt rekening gehouden met: het herhaald en moedwillig karakter van de inbreuken op de voorschriften om een shishabar te exploiteren, eerdere administratieve sancties.

De omvang, de ernst en het weerkerend karakter van de begane inbreuken op de uitbatingsreglementering rechtvaardigen een tijdelijke schorsing van de uitbatingsvergunning, conform artikel 19 §2 van het uitbatingsreglement.

Gedurende de hierna bepaalde termijn waarin de uitbatingsvergunning is geschorst, kan de uitbaatster wel de nodige initiatieven nemen om de bedrijfsvoering in regel te stellen.

De schorsing van de uitbatingsvergunning verhindert niet dat de betrokkene andere activiteiten in zijn inrichting kan exploiteren. Bovendien kunnen de vergunningsplichtige activiteiten nadien worden hervat zonder dat de betrokkene een nieuwe uitbatingsvergunning moet aanvragen.

Zowel vanuit de repressieve doeleinden van de sanctie als vanuit de preventieve, resocialiserende overwegingen die een sanctie mee vorm kunnen geven, is de schorsing derhalve te beschouwen als een duidelijk en proportioneel signaal dat de voorschriften opgenomen in het uitbatingsreglement strikt dienen nageleefd te worden.”

8. Er zijn met betrekking tot verzoekers inrichting inderdaad inbreuken uit 2015 en 2018 op toepasselijke reglementering voorhanden. Weliswaar is verzoeker daarvoor al met gemeentelijke administratieve geldboetes gestraft.

9.1. De nieuwe inbreuken die op 21 mei 2022 en 25 juli 2022 werden vastgesteld, hebben betrekking op een werknemer die niet op de vragen van de politie kan antwoorden, op de aanwezigheid van camera's waarvoor een pictogram is aangebracht, maar die niet aangemeld zijn bij de bevoegde commissie, op shishapijpen die boven vuilnisbakken hangen en mondstukken die op de vloer liggen, op een schaal met brandende kooltjes die haastig op grond is gezet toen de politie binnenkwam, op een aantal loshangende stekkers en kabels, op shisharokers buiten de rookruimte, op inkijk door de ramen die bemoeilijkt is, en op stof op de meubels en vlekken op de vloer.

9.2. De werknemer die niet op de vragen van de politie kon antwoorden bleek meer bepaald niet in staat inlichtingen te verschaffen over de uitbatingsvergunning, die zichtbaar uithangt, of over een UBO-register, dat niet vereist is. Met verzoeker wordt, op het eerste gezicht, aangenomen dat de tekortkoming draagkracht mist. De verwerende partij overtuigt niet van het tegendeel door, enigszins kafaiaans, te argumenteren: “Indien de werknemer op de hoogte was geweest van de uitbating ‘The Sultanz’ als éénmanszaak had hij evenwel ook geweten dat een UBO-register niet verplicht was en had hij dat kunnen antwoorden aan de politie.”

9.3. Voorts mag het waar zijn dat, zoals verzoeker laat verstaan, niet alle tekortkomingen even zwaar lijken en dat ze intussen verholpen zouden zijn, even waar is dat, zoals dan weer de verwerende partij betoogt, verzoeker niet ophoudt “in dezelfde zonden te hervallen”.

10.1. Het ongunstig moraliteitsadvies van de politie van 14 november 2022 wordt louter verantwoord door verzoekers politionele antecedenten (*sub* randnrs. 8 en 9.1). Het voegt er ogenschijnlijk niets aan toe.

10.2. Het ongunstig financieel advies van de politie is essentieel ingegeven door “sterke vragen” bij de bedrijfsvoering en “sterke vermoedens” dat zwart geld uit de eenmanszaak gebruikt wordt om het privévermogen aan te vullen. Het belet de verwerende partij niet om hieruit in de bestreden beslissing te besluiten, zonder enige nuance of voorbehoud, dat “afdoende bewezen” is dat de uitbating niet aan de toepasselijke regelgeving voldoet.

11. In de huidige stand van de procedure concludeert de Raad van State voorlopig dat, spijs de gebrekkigheid of het geringe gewicht van sommige motieven, de bestreden beslissing niet foutief overweegt dat verzoeker “het niet nauw neemt” met de regels die betrekking hebben op de exploitatie van een shishabar, terwijl hij er onderhand wel van op de hoogte mag worden geacht.

Waar eerdere sancties – in de vorm van een administratieve geldboete – er niet voor konden zorgen dat verzoeker geen nieuwe overtredingen begaat, lijkt het niet aberrant dat de verwerende partij meent die nieuwe overtredingen uit 2022 met een schorsing van de uitbatingsvergunning te moeten bestraffen.

Wel lijkt de sanctionering van die nieuwe overtredingen met een schorsing van de uitbatingsvergunning gedurende zes maanden, zelfs al worden de overtredingen gewogen in het licht van de eerdere (en al bestrafte) tekortkomingen, onevenwichtig en, meer bepaald, de grenzen te buiten te gaan van wat redelijkerwijze als een proportionele bestraffing kan worden beschouwd. Dat wordt op het eerste gezicht niet ondervangen of goedge maakt door te overwegen dat verzoeker in die zes maanden de bedrijfsvoering in regel kan stellen en dat hij zijn shishabar ook zonder shisha's kan exploiteren.

12. Het tweede middel is ernstig.

VI. Voorwaarde van een uiterst dringende noodzakelijkheid

Standpunt van de partijen

13. Verzoeker betoogt dat de bestreden beslissing dreigt te resulteren in onherroepelijke schadelijke gevolgen, dat hij geen inkomsten meer kan genereren, dat de kosten – meer dan 10.000 euro per maand – blijven doorlopen, en dat het voortbestaan van de inrichting in het gedrang komt.

14. De verwerende partij werpt in de nota tegen dat een financieel verlies kan worden hersteld, dat niet blijkt dat verzoeker het financiële nadeel niet kan verdragen in afwachting van een uitspraak “over de gewone procedure”, dat enkel het exploiteren van een vergunningsplichtige activiteit verboden is, dat concrete gegevens over de omvang van de inkomsten ontbreken, en dat het bijgebrachte stuk in verband met de vaste kosten alleen maar door de accountant van verzoeker

is geparafeerd, niet ondertekend, en niet wordt ondersteund door “objectieve (boekhoudkundige) stukken”.

Beoordeling

15. De bestreden beslissing schorst de uitbatingsvergunning van verzoekers shishabar, Statiestraat 5 te 2018 Antwerpen. Hierdoor mag hij gedurende zes maanden in zijn shishabar geen shisha's meer gebruiken. Het gaat, zoals uit het ernstig bevonden middel blijkt, op het eerste gezicht om een excessieve sanctie, die zich overigens toevoegt aan het effect van de sanctie die de verwerende partij voor dezelfde feiten aan verzoeker opgelegd heeft en die verzoeker heeft moeten ondergaan van 6 januari 2023 tot aan de schorsing van de sanctie door de Raad van State op 24 januari 2023.

Ook zonder veel stavingsstukken kan verzoeker geacht worden door de bestreden beslissing in een toestand te worden gebracht van een hoogst urgente noodzakelijkheid die zich niet laat verenigen met een behandeling van de zaak in het kader van een gewone vordering tot schorsing, laat staan nog van een beroep tot nietigverklaring.

De tweede en laatste cumulatieve grondvoorwaarde voor een schorsing is eveneens vervuld.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de stad Antwerpen van 27 januari 2023 om de uitbatingsvergunning voor een shishabar aan Can Burak Tuncel, voor de inrichting The Sultanz te 2018 Antwerpen, Statiestraat 5, te schorsen gedurende een periode van zes maanden.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tien februari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Lust