

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 198.211 van 26 november 2009
in de zaak A. 163.703/X-12.363.**

In zake: de n.v. TETONN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sven VERNAILLEN
kantoor houdend te 2018 ANTWERPEN
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de stad ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Roland Pochelle-Dilles
kantoor houdend te 2000 ANTWERPEN
Stoopstraat 1, 5/ verdiep
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 juni 2005, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van 15 april 2005 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen waarbij aan de n.v. Tetonn de vergunning wordt geweigerd voor het plaatsen van een zomerterras voor het pand aan de Lodewijk de Koninckstraat 39 te Antwerpen.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Auditeur Patricia De Somere heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 september 2009

Kamervoorzitter Roger Stevens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Olivier Verhulst, die loco advocaten Sven Vernailen en Sven Leenders verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Kris Cox, die loco advocaat Roland Pockelle-Dilles verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Patricia De Somere 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. De verzoekende partij baat een café, “Den Brosser”, uit in een pand gelegen aan de Lodewijk De Koninckstraat te Antwerpen. Zij zet iedere zomer terrasstoeltjes en tafels buiten op de verharde uitsprong in de voortuinstrook van het pand.

3.2. Bij schrijven van 27 mei 2004 brengt de schepen voor ruimtelijke ordening, stadsontwikkeling, openbare werken, economie en toerisme van de stad Antwerpen aan de n.v. BETON DECARPENTRIE en de n.v. PADEKO ter kennis dat “het terras in de voortuinzone werd uitgebreid” en dat er “voor het bestaande terras (...) ook geen vergunning bekend (is)”. Er wordt gevraagd de bestaande toestand te regulariseren.

3.3. Met een formulier, gedateerd 27 mei 2004, vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij de toelating tot het plaatsen van een horecaterras voor het adres Lodewijk De Koninckstraat 39 te Antwerpen, Berchem.

3.4. De verwerende partij ontvangt in de loop van de maand augustus meerdere petitielijsten van buurtbewoners waarin zij verzoeken deze aanvraag niet toe te staan, omwille van de overlast die dit café veroorzaakt.

3.5. Op 20 september 2004 formuleert de lokale politie Antwerpen een negatief advies inzake de vergunning tot het plaatsen van een zomerterras.

3.6. Op 15 april 2005 weigert de verwerende partij de gevraagde vergunning. Die beslissing stelt het volgende :

“11. Bouwen - district Berchem - Lodewijk De Koninckstraat 39. Weigering van preciaire vergunning voor het plaatsen van een zomerterras (...)

Auteur: Marc Ooms

Agendapunt, college, gewone zitting, 17-01-2001, jaarnummer 121

Motivering

Voorgeschiedenis

Op 27 mei 2004 werden overtredingen vastgesteld in verband met het uitbreiden van een terras in de voortuinzone. Aangezien er geen vergunningen bekend zijn voor het aanleggen van een terras in de voortuinstrook dient de aanvraag als regularisatieaanvraag te worden aanzien. Na het indienen van de bezwaarschriften werd op 4 februari 2005 een delegatie van de buurtbewoners ontvangen.

Dit punt werd verdaagd in zitting van 10 november 2004. (...)

Feiten en context

Aanvraag tot preciaire vergunning.

Aanvrager: Tetonn nv, Lodewijk De Koninckstraat 39, 2600 Berchem-Antwerpen

Ligging van het perceel: Lodewijk De Koninckstraat 39, district Berchem

De aanvraag omvat: plaatsen van een zomerterras

Ontvangstbewijs: 24 juni 2004

Juridische grond

De gemeentelijke bouw- en woningverordening, goedgekeurd bij ministerieel besluit van 26 maart 1986 en gepubliceerd in het Belgische Staatsblad van 21 mei 1986.

Advies

Intern advies

Op 7 september 2004 werd advies gevraagd aan Lokale Politie/Centrum.

Dit advies werd uitgebracht op 20 september 2004 met ref. LP/C/004039/2004.

Het advies is ongunstig :

‘Het is ons gekend dat de laatste jaren er overlast veroorzaakt wordt door het cliënteel van herberg : ‘Den Brosse’. In 2003 werd er twee maal geluidsoverlast vastgesteld afkomstig van het cliënteel op het terras. Wij adviseren derhalve dan ook negatief inzake de vergunning terras.’.

Argumentatie

De uitbating van de horecazaak veroorzaakt dermate veel overlast ten opzichte van de omwonenden zodat redelijkerwijs kan geoordeeld worden dat een uitbreiding van de zaak, waarbij de voortuinstrook als terras wordt ingericht, de ruimtelijke draagkracht overschrijdt. Er wordt dan ook geoordeeld dat de uitbreiding en de hiermee gepaard gaande overlast niet verenigbaar zijn met de goede ruimtelijke ordening.

Algemene conclusie

Ongunstig.
Besluit
Artikel 1
Het college weigert de vergunning.
Artikel 2
Dit besluit heeft in principe voor de stad geen financiële gevolgen”.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. Op 2 mei 2005 stelt de gemeentelijke ambtenaar van de verwerende partij een proces-verbaal op lastens de verzoekende partij, haar zaakvoerder en de eigenaar van het pand wegens het “instandhouden van een bestaand niet vergund horecaterras, gelegen in de voortuinzone”, en dit niettegenstaande de afgeleverde weigeringsbeslissing van 15 april 2005.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

A. Standpunt van de partijen

4.1. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord de volgende exceptie op :

“1. De bestreden beslissing is niet in laatste aanleg genomen.

Conform

- het toenmalige art. 60 van de Wet van 29 maart 1962, houdende organisatie van de Ruimtelijke ordening en van de Stedenbouw, en
- het huidige art. 55 § 2 van het Decreet van 18 mei 1999, houdende de organisatie van de Ruimtelijke Ordening,

kan een Gemeenteraad zgn. stedenbouwkundige verordeningen vaststellen.

Zo ook de Gemeentelijke Bouw- en Woningverordening van de huidige verwerende partij, op basis waarvan de verzoekende partij een zomerterras-vergunning dient aan te vragen.

Vermits deze Gemeentelijke Bouw- en Woningverordening haar juridische basis vindt in en eigenlijk gewoon een verlengstuk is van de hogervermelde wetgeving op de stedenbouw en de ruimtelijke ordening, dienen ook de in deze wetgeving voorgeschreven procedures te worden toegepast.

Dit betekent dat de huidige verzoekende partij, conform het art. 115 § 1 DRO, eerst het georganiseerd administratief beroep bij de Bestendige Deputatie had moeten uitputten, zulks alvorens zich tot de Raad van State te richten.

Zie :

- het art. 14 § 2 van de Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State;
- (...)

Dit arrest toont aan hoe, n.a.v. een betwiste beslissing op basis van een gemeentelijke bouwverordening, de gewone stedenbouwkundige beroepsprocedure wordt gevolgd, nl. eerst bij de Bestendige Deputatie en daarna eventueel nog bij de Vlaamse Regering;

- (...)

Idem dito;

- (...)

‘Alleen in laatste aanleg genomen beslissingen zijn vatbaar voor beroep bij de Raad van State’.

De vordering van de verzoekende partij dient dan ook als ontoelaatbaar te worden afgewezen”.

4.2. De verzoekende partij betwist deze exceptie als volgt in haar memorie van wederantwoord :

“III.1 WAT HET ZOGENAAMDE ADMINISTRATIEF BEROEP BETREFT: DE BESTREDEN BESLISSING WERD IN LAATSTE AANLEG GENOMEN

III.1.1 Wat het van toepassing zijn van artikel 115 DORO betreft

3. Verwerende partij houdt voor dat het door verzoekende partij ingeleide verzoekschrift niet toelaatbaar zou zijn. Immers, tegen de bestreden beslissing zou een georganiseerd administratief beroep open staan, dat ten onrechte niet werd uitgeput door verzoekers.

4. Verwerende partij slaat de bal volledig mis, waar verwezen wordt naar de beroepsprocedure zoals omschreven in artikel 115 van het decreet houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening van 18 mei 1999 (verder DORO).

5. Verzoekende partij wenst op te merken dat haar niet verweten kan worden de beroepsprocedure zoals neergelegd in artikel 115 DORO niet nageleefd te hebben, nu dit artikel eenvoudigweg nog niet in werking getreden is voor de vergunningen die door de stad Antwerpen verleend worden. De door verwerende partij aangehaalde beroepsprocedure kan bijgevolg niet van toepassing zijn.

III.1.2 De bestreden beslissing werd in laatste aanleg genomen

6. Ongeacht het voorgaande, dient benadrukt te worden dat de door verzoekende partij bestreden beslissing wel degelijk aanzien dient te worden als zijnde in laatste aanleg genomen. Er was geen georganiseerd administratief beroep mogelijk.

7. Verwerende partij tracht voor te houden dat dit georganiseerd administratief beroep wel voorhanden was, nu de terrasvergunning die door verzoeker werd aangevraagd werd opgenomen in de stedelijke bouwverordening. Bijgevolg zou de beroepsprocedure gevolgd moeten worden die openstaat in het kader van het verkrijgen van een stedenbouwkundige vergunning.

8. Verwerende partij stelt terecht in de aanvang van de memorie van antwoord dat een duidelijk onderscheid gemaakt dient te worden tussen de terrasvergunning enerzijds, en de stedenbouwkundige vergunning anderzijds. Nochtans worden beide vergunningen blijkbaar beoordeeld op basis van dezelfde stedelijke bouwverordening. Daar waar de stedenbouwkundige vergunning noodzakelijk is voor het oprichten van een constructie, is een terrasvergunning (in de zin van de bouwverordening) een toelating voor het plaatsen van tafels en stoelen in de voortuinstrook of op het openbaar domein. Beide vergunningen hebben duidelijk een andere finaliteit.

9. De stad Antwerpen heeft er voor geopteerd de regeling betreffende de mogelijkheid tot het plaatsen van terrassen eveneens op te nemen in de stedelijke bouwverordening. Dit betekent echter geenszins dat de terrasvergunning daardoor volledig gelijkgeschakeld kan worden met de stedenbouwkundige vergunning. Op beide vergunningen is een ander regime van toepassing, ondanks het feit dat beiden in de stedelijke bouwverordening opgenomen werden.

10. De stedenbouwkundige vergunning dient bekeken te worden in het kader van het DORO. De terrasvergunning echter geenszins. Bijgevolg is ook de beroepsmogelijkheid zoals voorzien in het Coördinatiedecreet van 22 oktober 1996 (D.R.O.), dan wel, volgens verwerende partij, uit artikel 115 DORO, niet van toepassing bij het verlenen van een terrasvergunning.

11. Verwerende partij verwijst naar rechtspraak van Uw Raad die het voorgaande zou weerleggen. De door verwerende partij aangehaalde rechtspraak verschilt echter essentieel van de voorliggende zaak. Immers, in elk van beide zaken werd inderdaad gebruik gemaakt van regels uit de stedelijke bouwverordening, doch in elk van beide zaken werd ook een stedenbouwkundige vergunning aangevraagd! Bijgevolg was inderdaad het georganiseerd administratief beroep zoals voorzien in het D.R.O. van toepassing. Daarover bestaat eenvoudig geen discussie. Dit is echter helemaal anders in de voorliggende zaak. Hier is geen sprake van een stedenbouwkundige vergunning.

12. Het voorgaande is duidelijk. Het georganiseerd administratief beroep zoals opgenomen in artikel 115 DORO is niet van toepassing, nu het artikel voor de stad Antwerpen niet in werking getreden is. Ook de administratieve beroepsprocedure uit het D.R.O. is echter niet van toepassing, nu de bestreden beslissing geen weigering van een stedenbouwkundige vergunning is.

13. De bestreden beslissing is een in laatste aanleg genomen beslissing, die bijgevolg perfect aanvechtbaar is bij de Raad van State”.

B. Beoordeling

5. Ten tijde van het nemen van de bestreden beslissing luidde artikel 3, eerste lid, 6/ van het besluit van 14 april 2000 van de Vlaamse regering tot bepaling van de vergunningsplichtige functiewijzigingen en van de werken, handelingen en wijzigingen waarvoor geen stedenbouwkundige vergunning nodig is, als volgt :

“Een stedenbouwkundige vergunning is niet nodig voor de volgende werken, handelingen en wijzigingen, die uitgevoerd mogen worden voorzover ze niet strijdig zijn met de voorschriften van stedenbouwkundige verordeningen, bouwverordeningen, verkavelingsverordeningen, ruimtelijke uitvoeringsplannen, plannen van aanleg, verkavelingsvergunningen, bouwvergunningen of stedenbouwkundige vergunningen, onverminderd de bepalingen van andere van toepassing zijnde regelgeving :

(...)

6/ de aanleg van de volgende verhardingen op de hoogte van het natuurlijke maaiveld in de onmiddellijke omgeving van vergunde woongebouwen :

a) de strikt noodzakelijke toegangen en opritten naar het gebouw of de gebouwen;

b) tuinpaden in de zij- en achtertuinstrook;

c) terrassen, voorzover ze niet gelegen zijn in de voortuinstrook, minimum 1 meter van de zijdelingse en achterste perceelsgrenzen verwijderd blijven en in totaal niet groter zijn dan 50 vierkante meter.

(...)”.

Hieruit blijkt dat voor het aanleggen van een verharding voor een terras in de voortuinstrook, zoals in casu, een stedenbouwkundige vergunning diende te worden aangevraagd door de verzoekende partij.

6. Onverminderd deze stedenbouwkundige verplichting, is het aanbrengen van een verplaatsbare uitsprong, zoals in casu open terrassen door horecabedrijven, eveneens onderworpen aan de voorafgaande schriftelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen, overeenkomstig artikel 6.1.2, g van de gemeentelijke bouw- en woningverordening van de stad Antwerpen, zoals vastgesteld door de gemeenteraad bij besluit van 11 september 1984 en goedgekeurd bij ministerieel besluit van 26 maart 1986.

Het dient in casu te worden onderzocht of deze “voorafgaande schriftelijke vergunning” van het college van burgemeester en schepenen dient te worden beschouwd als een stedenbouwkundige vergunning in de zin van de wetgeving op de stedenbouw en de ruimtelijke ordening.

Luidens artikel 55, § 2 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna : DRO) kan de gemeenteraad “stedenbouwkundige verordeningen vaststellen voor de materie omschreven in artikel 54, voor het gehele grondgebied van de gemeente of voor een deel waarvan hij de grenzen bepaalt met naleving van de door de Vlaamse regering en de provincieraad vastgestelde stedenbouwkundige verordeningen”. Overeenkomstig artikel 54 DRO bevatten deze verordeningen “de nodige stedenbouwkundige voorschriften” voor een groot gamma aan materies. Artikel 99, § 3 DRO voorziet daarenboven dat gemeentelijke stedenbouwkundige verordeningen “de vergunningsplichtige werken, handelingen en wijzigingen, genoemd in § 1” kunnen aanvullen.

De betreffende bouw- en woningverordening van de verwerende partij dient als een dergelijke stedenbouwkundige verordening in de zin van artikel 54 DRO te worden opgevat. Luidens artikel 1 van deze verordening kan de gemeenteraad, “onverminderd de bepalingen van de wet houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, (...) algemene en specifieke voorwaarden bepalen waaraan de inplanting, de welstand van gebouwen en constructies en de harmonisering ervan met de omgeving op het stadsgrondgebied moeten voldoen”. Nog volgens deze verordening laat de gemeenteraad zich hierbij leiden “door de principes van een goede ruimtelijke ordening in het algemeen en van de betrokken omgeving in het bijzonder”.

Uit de omstandigheid dat de verwerende partij de vergunningsplicht voor het plaatsen van een open terras voor horecabedrijven in voortuinen heeft opgenomen in haar stedenbouwkundige verordening, dient derhalve te worden afgeleid dat deze vergunning een stedenbouwkundige vergunning betreft, waarop de beroepsmogelijkheid van artikel 53, § 1 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (hierna : het gecoördineerde decreet) van toepassing is.

7. Bovendien heeft de verwerende partij zelf de betreffende vergunning steeds als een stedenbouwkundige vergunning beschouwd. Dit blijkt onder meer uit de overweging in de bestreden beslissing dat “aangezien er geen vergunningen bekend zijn voor het aanleggen van een terras in de voortuinstrook (...) de aanvraag als regularisatieaanvraag (dient) te worden aanzien”. Ook uit het weigeringsmotief dat de inrichting van de voortuinstrook als terras de ruimtelijke draagkracht overschrijdt en dat dientengevolge de uitbreiding en de ermee gepaard gaande overlast “niet verenigbaar zijn met de goede ruimtelijke ordening”, kan worden afgeleid dat met de ingestelde vergunningsplicht een oogmerk van ruimtelijke ordening en stedenbouw werd nagestreefd.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij in haar laatste memorie aanvoert impliceert het loutere feit dat artikel 6.4 van de gemeentelijke bouw- en woningverordening bepaalt dat de “voorafgaande schriftelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen” ten allen tijde kan worden ingetrokken, niet dat deze vergunning “geen stedenbouwkundige, maar een andere vergunning is”. De beslissing waarbij de overheid een stedenbouwkundige vergunning verleent is immers een individuele constitutieve rechtshandeling die op geldige wijze, te allen tijde, kan worden ingetrokken, ofwel, buiten elke wettekst om, wanneer die handeling door bedrog is uitgelokt of door een zodanige onregelmatigheid is aangetast dat zij voor onbestaande moet worden gehouden, ofwel, wanneer een uitdrukkelijke wetsbepaling die intrekking oplegt of toelaat. Artikel 6.4 dient dan ook als dergelijke “uitdrukkelijke wetsbepaling” te worden gelezen.

Ook de omstandigheid dat de verzoekende partij geen gebruik heeft gemaakt van de geëigende formulieren voor het indienen van de vergunningsaanvraag, vermag de thans bestreden beslissing haar karakter van stedenbouwkundige vergunning niet te ontnemen.

8. Wanneer tegen een administratieve beslissing een georganiseerd administratief beroep openstaat, is alleen de in laatste aanleg genomen beslissing, die in de plaats komt van de eerste beslissing, vatbaar voor een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State.

De verzoekende partij heeft dat georganiseerd administratief beroep niet ingesteld. Vermits de bestreden beslissing aldus geen in laatste aanleg genomen beslissing is, is het annulatieberoep onontvankelijk.

De exceptie is derhalve gegrond.

9. De verzoekende partij werd echter door de verwerende partij niet ingelicht over de beroepsmogelijkheden waarover zij krachtens artikel 53, §1 van het gecoördineerd decreet ten aanzien van de bestreden beslissing beschikte.

In de gegeven omstandigheden dienen de kosten ten laste van de verwerende partij te worden gelegd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig november 2009, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Jan Clement,	staatsraad,
met bijstand van	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Roger Stevens