

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.586 van 29 november 2016
in de zaak A. 220.746/X-16.787.**

In zake : Joussef BADAoui
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sylvie Doggen
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Amerikalei 122, bus 14
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jim Deridder
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210A
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 18 november 2016, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 28 oktober 2016 tot intrekking van de uitbatingsvergunning voor de uitbating van de shishabar te 2000 Antwerpen, Verschansingstraat 24.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 november 2016, om 11.00 uur.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sylvie Doggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jim Deridder, die verschijnt 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. Verzoeker baat de shishabar ‘Kasbar Royal’ in de Verschansingstraat 24 te 2000 Antwerpen uit. Zijn uitbatingsvergunning is 17 augustus 2011 gedateerd.

De uitbating verloopt niet vlekkeloos.

Zo krijgt verzoeker op 10 augustus 2012 door het college van burgemeester en schepenen “een tijdelijke sanctie van beperkte omvang” opgelegd, namelijk een schorsing van de uitbatingsvergunning voor de duur van één week, vanwege inbreuken op de rookwetgeving en de brandveiligheidsreglementering op 31 augustus 2011 en 1 maart 2012.

Zo ook verbiedt de burgemeester, op grond van de artikelen 133 en 135 van de nieuwe gemeentewet, bij besluit van 19 oktober 2012 in de instelling Kasbar Royal shisha aan te bieden, wegens inbreuken op de brandveiligheidsvoorschriften en het risico op CO-vergiftiging. Het verbod wordt op 12 november 2012 opgeheven.

Eveneens veroordeelt de correctionele rechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen, verzoeker op 18 januari 2016 tot een (gedeeltelijk voorwaardelijke) geldboete van 1000 euro omdat op 11 april 2014 de deur van de rookkamer openstond en geblokkeerd werd en omdat van 6 september 2014 tot en met 6 december 2014 de oppervlakte van de rookkamer te groot was.

4. Met de bestreden rechtshandeling trekt het college van burgemeester en schepenen op 28 oktober 2016 verzoekers vergunning voor de uitbating van de shishabar bij wege van gemeentelijke administratieve sanctie in (artikel 1) en beslist het “dat er ten vroegste een nieuwe aanvraag voor de uitbating van een shishabar gedaan kan worden door dezelfde uitbater voor dezelfde plaats én voor dezelfde bestemming vanaf 27 april 2017” (artikel 3).

In verband met de “[c]oncrete gegevens van de overtredingen” voert de sanctie in de eerste plaats twee inbreuken aan die blijken uit processen-verbaal van de bouwtoezichter van 2 maart 2016 en 13 juni 2016: de ruimte in de kelderverdieping, ‘zaaltje’, heeft een vrije hoogte van ongeveer 2,10 m, terwijl de stedenbouwkundig vergunde hoogte 2,23 m bedraagt; en in de gevel werd, in strijd met de bouwcode, een rookgasafvoer geplaatst.

In de tweede plaats herinnert de bestreden beslissing eraan dat er sedert de toekenning van de uitbatingsvergunning meerdere malen overtredingen zijn vastgesteld op de brandveiligheidsvoorschriften en de rookwetgeving. Verwezen wordt naar de feiten die tot de *sub* randnr. 3 vermelde maatregelen en veroordeling leidden, evenals naar inbreuken die op 17 november 2014 werden vastgesteld en uiteindelijk – dan nog op één inbreuk na, “over het tochtgordijn” – pas begin april 2016 zijn verholpen. Niettegenstaande alle gekregen waarschuwingen en kansen deed zich op 10 juli 2016 “opnieuw brandgevaar” voor: naar aanleiding van rookvorming en een brandgeur werden bij controle door de brandweer gloeiende kooltjes aangetroffen in een kartonnen doos die al gedeeltelijk verbrand was.

IV. 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 een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing en dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

V. Voorwaarde van een uiterst dringende noodzakelijkheid

Standpunt van de partijen

6. Verzoeker legt uit een gat in de markt te hebben gezocht in het bruisende Antwerpen-Zuid en dat te hebben gevonden door zich op een niche te richten: de uitbating van een shishabar. Het grootste deel van zijn omzet is afkomstig van Arabisch cliënteel dat de shishabar bezoekt “precies met het oog op het nuttigen van de waterpijp”. Door de bestreden beslissing zal hij veel inkomsten mislopen. Zowel het voortbestaan van zijn enige handelszaak als zijn eigen financiële situatie zijn bedreigd. De investeringen in het pand komen in het gedrang en het vaste cliënteel dreigt zijn toevlucht elders te zoeken en niet meer terug te keren.

7. De verwerende partij repliceert dat verzoeker zijn inrichting mag blijven exploiteren als café of bar, dat hij geen stukken bijbrengt in verband met de omzet en winst, niet van de inrichting in haar geheel en ook niet van “de voortbrengselen van het loutere shisha-cliënteel in het bijzonder”. Het aangevoerde nadeel is des te meer te nuanceren door de vaststelling dat in het verleden de inrichting “gedurende bijna anderhalve maand zonder shisha-verkoop is blijven voortbestaan”. Overigens is het tegenstrijdig om, enerzijds, te betogen dat de inrichting een monopoliepositie (“gat in de markt”) zou bekleden en, anderzijds, te vrezen dat de klanten elders hun toevlucht zullen nemen.

Beoordeling

8. Verzoeker baat een shishabar of waterpijpcafé uit. De bestreden beslissing maakt het hem gedurende minstens zes maanden onmogelijk in zijn zaak nog waterpijpen te gebruiken. Door aldus van verzoekers inrichting een shishabar zonder shisha's te maken, ontnemt ze hem een half jaar lang (de basis van) zijn kostwinning. Dit kan, ook zonder veel overtuigingsstukken, geacht worden voor verzoeker een toestand van hoogst dringende noodzakelijkheid te doen ontstaan.

De suggestie van de verwerende partij dat verzoeker en zijn café voorheen bijna anderhalve maand wisten te overleven zonder shisha-verkoop en dat ze dus ook wel een periode van vier keer zo lang zullen kunnen overbruggen zonder shisha's, getuigt van een stoutmoedigheid die de Raad van State niet deelt.

Ten slotte houdt verzoekers bewering dat hij bij het starten van zijn zaak een “gat in de markt” in Antwerpen-Zuid heeft gezocht, niet in dat sindsdien de behoefte aan shishabars aldaar niet ook door anderen is ingevuld geworden en dat er ondertussen geen concurrenten zijn bijgekomen, waarnaar zijn cliënteel mogelijk kan overlopen.

9. De voorwaarde van het voorhanden zijn van een uiterst dringende noodzakelijkheid is vervuld.

VI. Voorwaarde van een ernstig middel

A. Eerste middel

Standpunt van verzoeker

10. Een eerste middel is afgeleid uit de schending van het vertrouwens- en het rechtszekerheidsbeginsel.

Toegelicht wordt dat verzoeker op 17 augustus 2011 een uitbatingsvergunning kreeg na een uitgebreid onderzoek en dat er ook in de vijf jaar sindsdien, tot aan de ontvangst van het proces-verbaal van 2 maart 2016, nooit opmerkingen zijn geformuleerd over het feit dat de kelderverdieping van de shishabar niet over een vrije hoogte van 2,23 m zou beschikken. Hij mocht er dan ook van uitgaan dat er ter zake een afwijking op de geldende regels was toegestaan.

Nadat verzoeker voor het eerst met een brief van 16 maart 2016 met dat feit geconfronteerd werd, heeft hij “wel degelijk actie ondernomen”. Hij heeft een prijsbestek opgevraagd, waarvan het prijskaartje “maar liefst 15.548,50 euro” bedraagt. Hij tracht zich “inmiddels reeds enkele maanden financieel te organiseren teneinde de aanneming te kunnen laten uitvoeren”.

Beoordeling

11. Blijkbaar is reeds voorafgaand aan de uitbatingsvergunning, in een verslag onderzoek bouwtoezicht van 2 augustus 2011, uitdrukkelijk opgemerkt en vastgesteld dat de verbruikszaal in de kelder een hoogte van 2,10 m heeft, wat in strijd is met de gemeentelijke stedenbouwkundige verordening ‘Bouwcode’.

Veelbetekenend in dat verband is ook de weloverwogen toevoeging, in de brief van 17 augustus 2011 waarmee verzoeker zijn uitbatingsvergunning toegestuurd kreeg, van de zinsneden:

“Deze vergunning staat de vervolging voor stedenbouwkundige inbreuken of andere wettelijk[e] bepalingen niet in de weg. De vergunning kan worden ingetrokken wanneer vastgestelde inbreuken niet ongedaan worden gemaakt.”

12. Wat het betoog van verzoeker betreft dat hierover (tot maart 2016) nooit opmerkingen zijn gemaakt tijdens de vele controles tijdens de jaren nadien, zodat hij mocht menen dat er hem een afwijking op de regels was

toegekend, doet de verwerende partij op het eerste gezicht op goede grond gelden wat volgt:

“verzoekende partij [kan] uit de verschillende controles ter plaatse geen argument putten, nu de politie en de brandweer in principe geen stedenbouwkundige vaststellingen doen, en verzoekende partij er derhalve niet vanuit kan gaan – zoals zij nochtans wel lijkt te doen – dat bij elke tussenkomst van politie, brandweer of stedenbouwkundig gemachtigd ambtenaar telkens een volledige en geactualiseerde oplijsting wordt overhandigd van de gebreken die overheen alle domeinen werden vastgesteld. Noch minder is het de taak van de politie om bij dringende interventies zoals evacuatie omwille van CO-gevaar, ruimtes op [te] meten en ter zake advies te geven of tot aanpassingen aan te manen.”

13. Met een brief van 16 maart 2016 heeft verzoeker een afschrift van een proces-verbaal van 2 maart 2016 ontvangen waarin een bouwtoezichter (opnieuw) de te geringe hoogte van de ruimte in de kelderverdieping vaststelt.

Wat deze kelderhoogte betreft, verklaart verzoeker in een e-mail van 19 april 2016 “alleszins” een regularisatieaanvraag te zullen indienen. Hij herhaalt tijdens de hoorzitting van daags nadien dat hij de regularisatie gaat aanvragen en zo niet “zou een andere optie zijn om de kelderverdieping uit te graven”.

14. In de bestreden beslissing overweegt de verwerende partij dat bij de stadsdiensten (tot 18 oktober 2016) geen stedenbouwkundige aanvraag gekend is, dat er geen indicatie is dat een eventuele aanvraag ook daadwerkelijk kan worden toegekend, en dat de loutere intentie om de kelder uit te graven “allerminst concreet” is.

Die overwegingen worden op het eerste gezicht niet beslissend in het gedrang gebracht doordat verzoeker voor het eerst via de stukken bij de voorliggende vordering kennis geeft van twee ingewonnen offertes uit mei 2016.

15. Vooralsnog wijst de bestreden beslissing niet uit dat de verwerende partij verzoekers vertrouwen zou hebben geschonden of dat zij niet consequent zou zijn geweest.

Het eerste middel mist op het eerste gezicht grond.

B. Tweede middel

Standpunt van verzoeker

16. Een tweede middel noemt het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.

De rookgasafvoer is op het ogenblik van de bestreden beslissing al geruime tijd verwijderd uit de gevel(s) van het pand. In plaats van de uitbatingsvergunning na de vaststelling van 13 juni 2016 in te trekken, heeft het college van burgemeester en schepenen 4,5 maanden getalmd en dan de bestreden beslissing genomen zonder nog de actuele situatie te verifiëren.

Het college van burgemeester en schepenen stelt terecht dat er meerdere overtredingen zijn vastgesteld op de brandveiligheid en de rookwetgeving. Verzoeker heeft zich evenwel na elke hoorzitting prompt in regel trachten te stellen. De omstandigheid dat verzoeker er “in het verleden” te lang over gedaan heeft om zich in regel te stellen, is geen gegronde reden om tot het nemen van de bestreden intrekking over te gaan.

Beoordeling

17. Verzoeker verklaart, tijdens een hoorzitting van 20 april 2016, dat de wederrechtelijk aangebrachte rookafvoer verplaatst werd en overhandigt daaromtrent een foto. Dit zal, aldus het verslag van de hoorzitting, door de bouwtoezichter gecontroleerd worden.

Die controle heeft op 13 juni 2016 plaats. De afvoer blijkt verplaatst, maar nog altijd in strijd te zijn met de bouwcode. De bouwtoezichter verklaart tevens: “De advocaat van de uitbater werd reeds geadviseerd om bij de

dienst stedenbouwkundige vergunningen van de stad Antwerpen info in te winnen hoe deze rookgasafvoer correct geplaatst kan worden.”

Tijdens de hoorzitting van 24 augustus 2016 krijgt verzoeker een afschrift van het proces-verbaal van 13 juni 2016. In het verslag van de hoorzitting wordt vermeld: “De betrokkene zou contact opnemen met de dienst Vergunningen aangaande de rookafvoer.”

18. Weliswaar laat verzoeker in zijn verzoekschrift uitschijnen dat hij intussen al geruime tijd het nodige in verband met de plaatsing van de rookafvoer heeft gedaan, maar op welk moment dat dan gebeurd zou zijn en wanneer de verwerende partij daarvan, voorafgaand aan de bestreden beslissing van 28 oktober 2016, zou zijn ingelicht, wordt er niet bij vermeld.

Het lijkt te staven dat, zoals in de bestreden beslissing wordt overwogen, verzoeker ruimschoots de tijd heeft gehad om de inbreuk weg te werken, maar de situatie niet aanpakt.

19. Zoals de Raad van State de bestreden beslissing in de huidige stand van de procedure leest, wordt verzoeker niet bestraft vanwege de inbreuken in het verleden die telkens pas na te lange tijd en een hoorzitting zouden zijn verholpen. Voor die inbreuken (gedeeltelijk) is verzoeker ten andere al eens gestraft, met de administratieve sanctie van 10 augustus 2012 of de correctionele veroordeling van 18 januari 2016.

Afgezien van de twee inbreuken tegen de stedenbouwkundige voorschriften, wordt integendeel de bestreden maatregel op het eerste gezicht wezenlijk opgelegd om reden van het nieuwe voorval van brandgevaar dat op 10 juli 2016 de komst en de controle van de brandweer noodzaakte.

20. Verzoeker doet in de huidige stand van de procedure niet aannemen dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld.

Ook het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

21. Volgens een derde middel, afgeleid uit de schending van het evenredigheidsbeginsel, is de intrekking van de uitbatingsvergunning disproportioneel. Verzoeker heeft al heel wat energie en kosten verricht om zijn shishabar op een correcte, veilige en buurtvriendelijke wijze uit te baten. De opgelegde maatregel is bijzonder zwaar. In de gegeven omstandigheden geeft de intrekking blijk van een overdreven voortvarend- en doortastendheid, die de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten gaat.

22. De verwerende partij reageert in de nota in essentie dat, gelet op het collegebesluit van 10 augustus 2012, de bestreden sanctie niet de eerste is en dat er in redelijkheid niet kan worden beweerd dat er nadien beterschap is gekomen in de situatie. In het licht daarvan kan niet worden beweerd dat de bestreden beslissing kennelijk disproportioneel is. De sanctie mag streng zijn, maar is niet onwettig.

Beoordeling

23. De bestreden beslissing overweegt met betrekking tot de zwaarte van de opgelegde sanctie het volgende:

“Betrokkene heeft de afgelopen jaren reeds voldoende kansen gekregen om zich in regel te stellen. Hij blijft echter in gebreke hieraan te voldoen. Een eerdere schorsing van de uitbatingsvergunning bleek geen afdoende signaal te kunnen zijn. Ook een maatregel met het oog op herstel van de openbare veiligheid en zelfs een correctionele veroordeling konden betrokkene er niet toe aanzetten zijn uitbating in regel te stellen. De uitbatingsvergunning opnieuw schorsen komt niet opportuun voor. Zeker niet nu de stedenbouwkundige inbreuken niet binnen een kort tijdsbestek ongedaan werden gemaakt. Rekening houdend met het herhaaldelijk gevaar voor de openbare veiligheid dat is vastgesteld door de uitbating van [de] shishabar, de herhaalde inbreuken op brandveiligheidsregels en de

rookwetgeving en rekening houdend met de persisterende inbreuken op de stedenbouwkundige voorschriften die aan de uitbating van de shishabar gerelateerd zijn, komt het gepast voor de uitbatingsvergunning voor de uitbating van een shishabar in te trekken.

Dit belet de uitbater niet om een drankgelegenheid uit te baten. Weliswaar zonder aanbod, aanwezigheid of gebruik van shisha en de daaruit voortvloeiende attributen.

Een nieuwe aanvraag van dezelfde uitbater, voor dezelfde plaats én voor dezelfde bestemming, kan ten vroegste zes maanden na de datum vermeld in de weigeringsbeslissing worden ingediend, op straffe van onontvankelijkheid. Deze nieuwe aanvraag dient vergezeld te zijn van een schriftelijke verklaring ondertekend door de uitbater, waarin is bevestigd dat alle voorwaarden vermeld in dit reglement vervuld zijn.

Dit geeft de uitbater de kans alle inbreuken te regulariseren en een nieuwe aanvraag in te dienen als volledig voldaan is aan de voorwaarden van een uitbatingsvergunning voor een shishabar.”

24. Dat de maatregelen van 10 augustus 2012 en 19 oktober 2012 en de veroordeling van 18 januari 2016 niet vermochten verzoeker ertoe te bewegen zijn zaak op alle gebied “in regel te stellen” en te houden, lijkt op zich niet van aard inzichtelijk en begrijpelijk te maken waarom het naar het oordeel van het schepencollege “niet opportuun” zou zijn om opnieuw een schorsing op te leggen.

25. Anders is het met de toevoeging dat immers “de stedenbouwkundige inbreuken niet binnen een kort tijdsbestek ongedaan werden gemaakt”. Die zinsnede lijkt te refereren aan de eerdere overweging in de bestreden beslissing waarin wordt geoordeeld, met betrekking tot de stappen die verzoeker zinnens zou zijn in verband met de stedenbouwkundige overtredingen te zetten, dat dit “gelet op de lange duur van de overtredingen geen voldoende zekerheid [verschafft] dat de betrokkene deze stappen ook effectief zal ondernemen”.

Zoals de Raad van State het argument in de huidige stand van zaken begrijpt, biedt de sanctie van een schorsing onvoldoende garantie dat de stedenbouwkundige inbreuken ongedaan worden gemaakt.

Dit wordt vooralsnog bijgevalen. De omstandigheid dat, in geval van een schorsing, de inbreuken bij het einde van de schorsing nog altijd niet verholpen zijn, zou niet kunnen beletten dat verzoeker weer gebruik mag maken van zijn uitbatingsvergunning. In geval van een intrekking doet de zaak zich anders voor. Alsdan mag de exploitatie slechts heraangevat worden na het verkrijgen van een nieuwe vergunning, met het oog waarop eerst de stedenbouwkundige inbreuken geregulariseerd zullen moeten worden.

26. In dat licht komt de sanctie van de intrekking, in artikel 1, niet disproportioneel voor.

27. Problematisch vanuit het oogpunt van de evenredigheid lijkt daarentegen wel de minimumtermijn waarin artikel 3 voorziet en die verzoeker in acht moet nemen vooraleer ontvankelijk een nieuwe aanvraag voor de uitbating van een shishabar te kunnen indienen.

De enige verklaring voor de duur van die termijn van liefst zes maanden, is dat hij “de uitbater de kans [geeft] alle inbreuken te regulariseren” en volledig te voldoen aan de voorwaarden voor een uitbatingsvergunning.

Het is een verklaring die vooralsnog niet kan overtuigen. Het argument doortrekkend, zou dan een termijn van twee jaar nog meer adequaat zijn. Nochtans blijkt, nu al, uit niets dat verzoeker ook niet met minder dan zes maanden de “kans” heeft en in staat moet worden geacht om de inbreuken te regulariseren.

28. Kennelijk wil het college met het artikel 3 van de bestreden beslissing bereiken dat verzoeker hoe dan ook gedurende minstens zes maanden geen shishabar mag uitbaten.

Een dergelijk zware sanctie, die – zoals *sub V* gezien – verzoeker in een situatie van uiterst dringende noodzakelijkheid doet belanden, staat op het eerste gezicht niet in een redelijk verband van evenredigheid tot de

precieze feiten die er de specifieke aanleiding toe waren, zelfs al worden die feiten beoordeeld in het licht van wat er aan voorafgegaan is.

De concrete feiten waarvoor de sanctie lijkt opgelegd, zijn immers twee stedenbouwkundige overtredingen die al in 2011 werden vastgesteld en waarop de verwerende partij tot in 2016 niet meer is teruggekomen, en een gevaarsrisico van 10 juli 2016 doordat de brandweer bij verzoeker gloeiende kolen heeft aangetroffen in een kartonnen doos die al gedeeltelijk verbrand was.

29. Het middel lijkt de vernietiging van het artikel 3 van de bestreden beslissing te kunnen verantwoorden. Het is in die mate ernstig.

Bijgevolg zijn de cumulatieve grondvoorwaarden voor een schorsing alleen vervuld wat het artikel 3 van de aangevochten beslissing betreft.

BESLISSING

1. De Raad van State schorst de tenuitvoerlegging van artikel 3 van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 28 oktober 2016 tot intrekking van de uitbatingsvergunning voor de uitbating van de shishabar te 2000 Antwerpen, Verschansingstraat 24.

2. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negenentwintig november 2016, 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