

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 88.281 van 27 juni 2000
in de zaak A. 42.963/XII-1038.**

In zake : Frank DINNECOURT,
die woonplaats kiest bij
advocaat I. HEUGHEBAERT,
kantoor houdende te VEURNE,
Zuidstraat 39, bus 8

tegen :

de gemeente MIDDELKERKE,
die woonplaats kiest bij
advocaten G. SOETE en G. AMPE,
kantoor houdende te OOSTENDE,
Kerkstraat 8, bus 1.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Frank DINNECOURT op 27 augustus 1990 heeft ingediend om de vernietiging te vorderen van het besluit van 7 augustus 1990 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke waarbij "de precaire vergunning voor het gesloten terras Meeuwenlaan, 3" wordt ingetrokken;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur F. DE BUEL;

Gelet op de beschikking van 11 juli 1994 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memorie van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 9 mei 2000 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 juni 2000;

Gehoord het verslag van staatsraad A. VANDENDRIESSCHE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat I. HEUGHEBAERT, die verschijnt voor verzoeker, en van advocaat I. LINGIER die, loco advocaat G. SOETE verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur F. DE BUEL;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. Het politiereglement op de terrassen, door de gemeenteraad van Westende aangenomen op 17 mei 1929, voorziet in de mogelijkheid om, met de goedkeuring van het college van burgemeester en schepenen, "uitneembare terrassen (op te richten) op de voetpaden", voor zover de schutsels het vrije zicht niet belemmeren en er op het voetpad een ruimte van 80cm overblijft.

1.2. Op 29 september 1975 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke een vergunning voor het oprichten van een verplaatsbaar terras vóór de inrichting gevestigd aan de Meeuwenlaan, nr. 3 a, op voorwaarde dat er op het

voetpad een vrije doorgang van 1,20 m zou gelaten worden en dat het terras op het eerste verzoek van het college van burgemeester en schepenen weggenomen zou worden.

1.3. Ingevolge klachten beslist het college van burgemeester en schepenen op 25 juli 1988 verzoeker, die sinds 1 juli 1988 de in het pand gevestigde snackbar "Acapulco" heeft overgenomen, te vragen de uitlaatbuis, geplaatst boven zijn terras te verwijderen "zodat de bewoners van de Residentie 'Acapulco' en omgeving geen hinder meer zouden ondervinden van de onwelriekende geuren van friet-, ajuin- en worstenwalm".

Dit verzoek wordt aan verzoeker op 1 augustus 1988 ter kennis gebracht.

1.4. Op 21 maart 1989 besluit het college van burgemeester en schepenen verzoeker "tot uiterlijk 08 april 1989 de tijd te gunnen om te voldoen aan ons verzoek tot verwijdering van de gewraakte uitlaatbuis".

Nadat op 23 juli 1990 nogmaals aangedrongen is op de verwijdering van de uitlaatbuis, deelt verzoeker op 2 augustus 1990 mede dat "de afvoerleiding waarvan sprake, verwijderd is". Het blijkt dat verzoeker de afvoerbuis naar de zijkant van het terras heeft overgeplaatst maar dat "de reukhinder niet verdwenen is".

1.5. Op 7 augustus 1990 treft het college van burgemeester en schepenen (dan) de thans bestreden beslissing, welke luidt als volgt :

"Hinderlijke Inrichtingen -Bezwaar ingediend door agence La Plage inzake reukhinder vanwege de snackbar 'Acapulco' Meeuwenlaan, 3 te 8440 Middelkerke.

Gelet op het schrijven van de Agence 'La Plage' dd. 13 juli 1990, betreffende de aanhoudende reukhinder vanwege de snackbar 'Acapulco' Meeuwenlaan, 3.

Overwegende dat de verbrandingsgassen via het dak van het gesloten terras verwijderd worden, waardoor voor de bovenliggende appartementen de reukhinder ontstaat.

Gelet op het schrijven dd. 23 juli 1990 houdende de verwijdering van de uitlaatbuis vóór 3 augustus 1990.

Overwegende dat bij een plaatsbezoek op 3 augustus 1990 gebleken is dat de uitlaatbuis verplaatst werd naar de zijwand van het terras, evenwel niet meer op het openbaar domein.

Overwegende dat door die veranderingswerken de reukhinder niet verdwenen is.

Overwegende dat de uitbater reeds in 1987 en 1988 aangemaand werd de nodige veranderingswerken uit te voeren.

Beslist : eenparig

art. 1 : de precaire vergunning voor het gesloten terras gelegen Meeuwenlaan, 3 in te trekken.

art. 2 : de uitbater op de hoogte te stellen van deze beslissing tegen ontvangstbewijs.

art. 3 : het gesloten terras moet afgebroken worden binnen de tien dagen na ontvangst beslissing.

art. 4 : de beslissing tevens over te maken aan de Politiecommissaris voor controle van de uitvoering";

2. Overwegende dat verzoeker, nadat hij op 17 december 1990 een kopie van de memorie van antwoord had ontvangen, nagelaten heeft een memorie van wederantwoord in te dienen; dat hij dergelijke memorie pas heeft ingediend een maand nadat hem door het met het onderzoek van de zaak belaste lid van het auditoraat op 6 oktober 1992 gevraagd was naar haar volgehouden belangstelling; dat die laattijdig ingediende memorie en de memories die daarop zijn gevolgd en waarin het procedurereglement niet voorziet uit de debatten worden geweerd;

3.1. Overwegende dat de verwerende partij opmerkt dat het beroep onontvankelijk is omdat de vergunning oorspronkelijk -in 1975- verleend werd onder de expliciete voorwaarde dat het terras op het eerste bevel van het college van burgemeester en schepenen zou moeten weggenomen worden zonder dat "enig verhaal of vergoeding ten overstaan van de gemeente kan gevorderd worden";

3.2. Overwegende dat verzoeker daar terecht tegen inbrengt dat die clausule hem geenszins het recht ontnemt om een annulatieberoep in te stellen; dat, zou de verwerende partij die voorwaarde toch in die zin opgevat hebben, zij door de Raad van State als strijdig met het beginsel van de rechtsstaat -op grond waarvan de rechtzoekende de binding van de bestuursoverheid aan het recht voor de rechter moet kunnen afdwingen- buiten toepassing moeten gelaten worden;

4.1. Overwegende dat in het auditoraatsverslag vastgesteld is dat, indien het aan de gemeenteraad toekomt de voorwaarden te bepalen waaronder de gemeente haar openbaar domein privaatief in gebruik kan geven (beheer van de gemeentegoederen) en om met het oog op de handhaving van de openbare rust, veiligheid en gezondheid in de gemeente de algemene politiereglementen vast te stellen (handhaving van de openbare orde), de bevoegdheid om aan die algemene regeling concreet toepassing te geven berust bij een verschillend orgaan van het gemeentebestuur, te weten aan de ene kant het college van burgemeester en schepenen dat de beheersbevoegdheid bezit over de gemeentegoederen, en aan de andere kant bij de burgemeester die bevoegd is om de politiereglementen concreet toe te passen, met inbegrip van het nemen van beslissingen om in individuele gevallen de openbare orde in de gemeente te verzekeren; dat uit die vaststelling dan ambtshalve afgeleid is dat in dit geval het college van burgemeester en schepenen zijn bevoegdheid op het stuk van het beheer van de gemeentegoederen gebruikt heeft om een maatregel te bevelen die -hij weze formeel neergeschreven als de intrekking van de precaire vergunning- verband houdt met de handhaving van de openbare orde in de gemeente, terwijl het gaat om een maatregel die kadert in de politiebevoegdheid van de gemeentebesturen waarvoor, naar luid van artikel 133 van de nieuwe gemeentewet, alleen de burgemeester een uitvoeringsbevoegdheid bezit;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij in haar laatste memorie betoogt dat het bestreden besluit getroffen is omdat verzoeker zich niet hield aan de voorwaarden van de vergunning; dat naar haar oordeel verzoeker niet voldeed aan de voorwaarden van de vergunning omdat hij 'ernstige hinder veroorzaakte' hetgeen inging tegen 'het elementair recht op gezonde lucht' en tegen 'het esthetisch effect van de straat'; dat, vanuit dat oogpunt, zij van oordeel is dat het college van burgemeester en schepenen, vanuit zijn verplichting om in het algemeen belang te waken over de correcte naleving van de voorwaarden van de verleende vergunningen, wel degelijk de bevoegdheid had om het bestreden besluit te treffen;

4.3.1. Overwegende dat de Raad van State vaststelt dat het bestreden besluit beoogt de aanhoudende reukhinder, veroorzaakt door de uitbating van de door verzoeker uitgebate snackbar, te doen verdwijnen; dat die doelstelling betrekking heeft op het handhaven van de openbare orde, zoals dat door artikel 135, § 2, van de nieuwe gemeentewet aan de gemeenteoverheden is opgedragen en waarvan naar luid van artikel 133 van dezelfde wet de burgemeester de eerste uitvoerder is;

4.3.2. Overwegende dat de Raad van State de door de bevoegde auditeur gemaakte algemene vaststelling, zoals hiervoren samengevat, bijvalt; dat de conclusie dan moet zijn dat in dit geval het college van burgemeester en schepenen met het intrekken van de vergunning om het openbaar domein te bezetten op het aan de burgemeester voorbehouden domein van de ordehandhaving is getreden zodat deze intrekking door bevoegdheidsoverschrijding aangetast is;

4.3.3. Overwegende dat de verwijzing, door de verwerende partij in haar laatste memorie, naar het gegeven dat het college van burgemeester en schepenen

van Middelkerke de toelating om het openbaar domein te bezetten kon intrekken omdat verzoeker zich niet hield aan de voorwaarden van de vergunning, niet bijgevalen wordt; dat immers de in het geding zijnde vergunning geen andere voorwaarde bevatte dan dat er een vrije doorgang op het voetpad zou gegarandeerd worden en dat het terras op het eerste verzoek van het college van burgemeester en schepenen zou weggenomen worden; dat de laatstgenoemde voorwaarde aan het college van burgemeester en schepenen geen vrijbrief geeft om, onbelemmerd en naar eigen inzicht, van zijn bevoegdheid gebruik te maken en aldus het aan andere gemeenteorganen voorbehouden bevoegdheidsdomein te betreden door zijn optreden te herleiden tot een probleem van naleving van de voorwaarden van een vergunning tot ingebruikname van het openbaar domein; dat die voorwaarde aan het college van burgemeester en schepenen alleen de mogelijkheid biedt om een einde te stellen aan een vergunning wanneer het daarvoor binnen de grenzen van zijn normale bevoegdheidsuitoefening over een op het algemeen belang gesteund motief beschikt;

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen, door middel van een maatregel met betrekking tot het beheer van het openbaar domein een beslissing genomen heeft die een geheel ander oogmerk heeft, met name de handhaving van de openbare orde; dat voor die maatregel niet het college van burgemeester en schepenen maar de burgemeester bevoegd was; dat het middel van bevoegdheidsoverschrijding ambtshalve wordt aangevoerd,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt het besluit van 7 augustus 1990 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Middelkerke waarbij "de precaire vergunning voor het gesloten terras Meeuwenlaan, 3" wordt ingetrokken.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op vierduizend frank, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zevenentwintig juni 2000, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.