

RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

ARREST

van 22 juli 2021 met nummer RvVb-A-2021-1226

in de zaak met rolnummer 1920-RvVb-0764-A

Verzoekende partij **ELEGNV bv**

vertegenwoordigd door Mr. Jürgen DE STAERCKE met
woonplaatskeuze te 9550 Hillegem (Herzele), Dries 77

Verwerende partij **de provincie OOST-VLAANDEREN, vertegenwoordigd door
de deputatie van de provincieraad**

met woonplaatskeuze te 9000 Gent, Gouvernementstraat 1

I. Voorwerp van het beroep

De verzoekende partij vordert met een aangetekende brief van 2 juli 2020 de vernietiging van de beslissing van de verwerende partij van 14 mei 2020, waarmee haar een omgevingsvergunning wordt geweigerd voor de wijziging en verbouwing van het aantal vergunde kamers (omgevingsnummer: OMV_2019032295).

De verwerende partij heeft het bestuurlijk beroep van de verzoekende partij tegen de weigeringsbeslissing van het college van burgemeester en schepenen van Gent van 5 september 2019 niet ingewilligd.

Het project ligt in 9000 Gent aan de Drabstraat 39 en Gruuthuusestraat 3 en 5 en heeft als kadastrale omschrijving afdeling 15, sectie F, nummers 1343/e, 1346/p en 1346/2/c.

II. Rechtspleging

De verwerende partij bezorgt het administratief dossier en dient een antwoordnota in. De verzoekende partij dient een wederantwoordnota in.

De procespartijen werden opgeroepen voor de zitting van 20 mei 2021. De procespartijen hebben ingestemd met het schriftelijk behandelen en in beraad nemen van de vordering met toepassing van artikel 85, §3 Procedurebesluit.

III. Feiten

Op 12 april 2019 vraagt de verzoekende partij een omgevingsvergunning aan voor de wijziging en verbouwing van het aantal vergunde kamers gelegen in Gent aan de Drabstraat 39 en Gruuthuusestraat 3 en 5.

Een eerdere aanvraag tot het aanpassen van een vergunde kamerwoning aan de eisen van brandveiligheid werd in beroep door de verwerende partij op 24 november 2016 geweigerd. De vordering tot vernietiging van deze beslissing werd door de Raad op 26 juni 2018 verworpen (arrestnummer RvVb/A/1718/1054).

Het voorwerp van de aanvraag betreft het wettelijk beschermde monument 'Classicistisch herenhuis' (beschermingsbesluit van 19 december 2014). De wijziging van het aantal vergunde kamers situeert zich in het gebouw in de Gruuthuusestraat en de daar achterliggende bebouwing. Het betreft een kamerwoning met oorspronkelijk 54 entiteiten. De aanvraag beoogt de regularisatie van verbouwingswerken en het verminderen van het aantal kamers, naar aanleiding van het bevel daartoe van de burgemeester van 26 mei 2015 in het kader van de brandveiligheid.

De percelen liggen in woongebied met culturele, historische en/of esthetische waarde (gewestplan 'Gentse en Kanaalzone'). De percelen liggen ook in een verwevingszone (bijzonder plan van aanleg 'Binnenstad – deel Sint-Michiels' van 5 juni 2003).

Het openbaar onderzoek loopt van 4 juni 2019 tot en met 3 juli 2019. Er worden geen bezwaarschriften ingediend.

Het college van burgemeester en schepenen van Gent weigert op 5 september 2019 een omgevingsvergunning aan de verzoekende partij.

Tegen die beslissing tekent de verzoekende partij op 4 oktober 2019 bestuurlijk beroep aan bij de verwerende partij.

De provinciale omgevingsambtenaar adviseert in zijn verslag van 8 januari 2020 om het beroep niet in te willigen en de omgevingsvergunning te weigeren.

Na de hoorzitting van 21 januari 2020 verklaart de verwerende partij het beroep op 14 mei 2020 ongegrond en weigert een omgevingsvergunning.

Dat is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partij voert de schending aan van:

- artikel 2 en 3 van de van richtlijn 2001/42/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 juni 2001 betreffende de beoordeling van de gevolgen voor het milieu van bepaalde plannen en programma's (hierna: SMB-richtlijn);
- de motiveringsplicht vervat in de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: Motiveringswet) en als beginsel van behoorlijk bestuur.

Ze stelt dat het Algemeen Bouwreglement (hierna: ABR) van de stad Gent, een plan of programma is in de zin van de SMB-richtlijn.

Zo wijst ze erop dat het ABR op het hele grondgebied van toepassing is, dat het onder meer voorschriften bevat voor het bouwen, herbouwen, uitbreiden en verbouwen van meergezinswoningen, en voor het wijzigen van het aantal wooneenheden in meergezinswoningen, alsook voor het wijzigen van een eengezinswoning naar

meergezinswoning. Ze stelt dat deze voorschriften als doel hebben een voldoende leefkwaliteit van de afzonderlijke wooneenheden te garanderen, en geeft een opsomming van de verschillende aspecten die door de voorschriften geregeld worden. Hieruit volgt dat het ABR bijdraagt tot de uitvoering van infrastructuurprojecten zoals stadsontwikkelingsprojecten, en de erin vastgestelde criteria en modaliteiten aanzienlijke gevolgen hebben voor het stedelijk milieu.

Verder meent de verzoekende partij dat, in weerwil tot wat in de bestreden beslissing overwogen wordt, de SMB-richtlijn wel degelijk van toepassing is op het ABR ook al werd deze vastgesteld vóór de inwerkingtreding ervan, nu het ABR meermaals werd gewijzigd na de inwerkingtreding van de richtlijn, en de richtlijn directe werking had op het ogenblik van deze wijzigingen. De wijzigingen betroffen volgens haar bovendien ook de artikelen 25 en 27, §2 van het ABR, waarmee de verwerende partij de aanvraag strijdig acht.

Volgens de verzoekende partij had de verwerende partij de plicht om het ABR buiten toepassing te laten nu deze strijdt met de Europese richtlijnen die een directe werking hebben. Ze stelt, onder verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie dat deze verplichting niet alleen op rechtscolleges rust maar ook op administratieve overheden. Los daarvan verzoekt ze de Raad om het ABR met toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten.

De verzoekende partij vervolgt dat in de bestreden beslissing niet afdoende gemotiveerd wordt dat het ABR geen plan of programma in de zin van de SMB-richtlijn zou zijn. Ze betwist de stelling dat het feit dat het ABR geen inplantings- of bouwhoogtevoorschriften bevat impliceert dat het ABR geen aanzienlijke gevolgen heeft voor het stedelijk milieu. Evenzeer meent ze dat het onjuist is te stellen dat er sprake moet zijn van voorschriften verbonden aan een “ruimtelijk plan”.

Tot slot vraagt de verzoekende partij de Raad een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie over de vraag of het ABR moet worden gekwalificeerd als een “plan of programma” in de zin van de SMB-richtlijn.

Nu het ABR niet werd onderworpen aan een voorafgaandelijke milieueffectenbeoordeling, is deze volgens de verzoekende partij strijdig met de SMB-richtlijn en kon de verwerende partij de vergunning niet weigeren op grond van een strijdigheid van de aanvraag met het ABR.

2.

De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij de strijdigheid van het ABR met de SMB-richtlijn reeds opwierp in haar beroep tegen de weigeringsbeslissing van het college van burgemeester en schepenen, en herneemt de weerlegging in de bestreden beslissing waarbij verwezen wordt naar de omstandige repliek van de gemeentelijke omgevingsambtenaar.

De verwerende partij blijft bij haar standpunt dat ze de aanvraag diende te toetsen aan het ABR en zich als orgaan van actief bestuur niet kan beroepen op de exceptie van onwettigheid uit artikel 159 van de Grondwet. Uit de aangehaalde rechtspraak kan louter worden afgeleid dat het gemeenschapsrecht ook voor bestuursorganen het materiële recht uitmaakt.

Het ABR, en meer concreet de oppervlaktenormen voor kamers, vormen volgens de verwerende partij enkel een kader zonder enige band met een concreet project, zonder invloed op milieu-elementen. Bijgevolg valt het ABR volgens de verwerende partij niet onder het begrip “plannen of programma’s” in de zin van de SMB-richtlijn die aan een milieueffectenbeoordeling onderworpen zijn. Hieruit volgt dat er geen noodzaak bestaat om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen.

3.

De verzoekende partij argumenteert in haar wederantwoordnota dat de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof strijdt met deze van het Hof van Justitie die oordeelt dat het begrip “plannen en programma’s” wel degelijk betrekking kan hebben op normatieve handelingen die bij wet of besluit zijn vastgesteld. Zodoende meent ze dat er des te meer grond is om een prejudiciële vraag te stellen over de interpretatie van de betrokken bepaling van de SEA-richtlijn.

Beoordeling door de Raad

1.

Met de verwerende partij moet worden vastgesteld dat het in principe niet aan haar toekomt om het ABR te toetsen op haar wetsconformiteit. De exceptie van onwettigheid van artikel 159 Grondwet geldt immers enkel voor met rechtspraak belaste organen, niet voor organen van actief bestuur zoals een vergunningverlenende overheid.

Uitzondering op dit principe betreft de hypothese dat een beslissing dermate grof onrechtmatig is, dat zij moet worden beschouwd als een ‘onbestaande rechtshandeling’. Dit wordt door de verzoekende partij evenwel niet aangevoerd.

De Raad kan, als een met rechtspraak belast orgaan, wel een ABR buiten toepassing laten wanneer de verzoekende partij de onwettigheid ervan aantoont.

Aangezien de verzoekende partij betoogt dat het ABR van de stad Gent onwettig is en op grond van artikel 159 Grondwet buiten toepassing moet worden gelaten, dient de Raad na te gaan of het bouwreglement effectief behept is met een onwettigheid.

2.

De discussie gaat in essentie terug op de vraag of het ABR van de stad Gent een “plan of programma” uitmaakt in de zin van de SMB-Richtlijn en aldus onderworpen is aan een voorafgaandelijke milieueffectenbeoordeling.

2.1

Volgens artikel 5.1 SMB-Richtlijn geldt de verplichting om met betrekking tot een voorgenomen plan een milieuraapport op te stellen slechts voor de gevallen waarin een milieubeoordeling in de zin van artikel 3.1 is vereist.

Artikel 3 SMB-Richtlijn bepaalt:

“... ”

1. Een milieubeoordeling wordt uitgevoerd overeenkomstig de artikelen 4 tot en met 9, voor de in de leden 2, 3 en 4 bedoelde plannen en programma's die aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben.

2. Onverminderd lid 3, wordt een milieubeoordeling gemaakt van alle plannen en programma's

a) die voorbereid worden met betrekking tot landbouw, bosbouw, visserij, energie, industrie, vervoer, afvalstoffenbeheer, waterbeheer, telecommunicatie, toerisme en ruimtelijke ordening of grondgebruik en die het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in bijlagen I en II bij Richtlijn 85/337/EEG genoemde projecten, of

b) waarvoor, gelet op het mogelijk effect op gebieden, een beoordeling vereist is uit hoofde van de artikelen 6 of 7 van Richtlijn 92/43/EEG.

3. Voor in lid 2 bedoelde plannen en programma's die het gebruik bepalen van kleine gebieden op lokaal niveau en voor kleine wijzigingen van in lid 2 bedoelde plannen en programma's is een milieubeoordeling alleen dan verplicht wanneer de lidstaten bepalen dat zij aanzienlijke milieueffecten kunnen hebben.

...”

Artikel 2 SMB-Richtlijn bepaalt wat onder “plannen en programma’s” wordt begrepen:

“... ”

a) „plannen en programma's”: plannen en programma's, met inbegrip van die welke door de Gemeenschap worden medegefinancierd, alsook de wijzigingen ervan,

- die door een instantie op nationaal, regionaal of lokaal niveau worden opgesteld en/of vastgesteld of die door een instantie worden opgesteld om middels een wetgevingsprocedure door het parlement of de regering te worden vastgesteld en
- die door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zijn voorgeschreven;

...”

Onder een “plan of programma” worden aldus ook de wijzigingen ervan verstaan.

De bepalingen van de SMB-richtlijn zijn in Vlaanderen omgezet in Titel IV, hoofdstuk II van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid (DABM).

2.2.

De Raad stelt vast dat het ABR initieel vorm kreeg (vastgesteld door de bevoegde gemeenteraad op 29 juni 2004) onder de doorwerking van een weliswaar tijdig (decreet van 18 december 2002 tot aanvulling van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid met een titel betreffende de milieueffect- en veiligheidsrapportage, *BS* 13 februari 2003) maar incorrect bevonden omzetting van de SMB-richtlijn binnen Titel IV van het DABM (HvJ 7 december 2006, Commissie/België, nr. C-54/06, *Jur*, 2006, I, 127). Pas bij decreet van 27 april 2007 (houdende wijziging van titel IV van het decreet van 5 april 1995 houdende algemene bepalingen inzake milieubeleid en van artikel 36ter van het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu, *BS* 20 juni 2007) werd in het DABM een – vrijwel letterlijke – omzetting van de SMB-richtlijn ingebed.

De Raad dient er evenwel oog voor te hebben dat het direct werkend artikel 3.2. SMB-richtlijn (in samenhang gelezen met artikel 2 van die richtlijn en onverminderd een destijds gebrekkige omzetting naar intern recht) ook rechtstreeks van toepassing is op wijzigingen aan een “plan of programma” dat dateert van voor de uiterlijke omzettingsverplichting vermeld in artikel 13 van diezelfde richtlijn (21 juli 2004).

In wat volgt, gaat de Raad dan ook na of het ABR beantwoordt aan de omschrijving “plan of programma” en bijgevolg principieel onder de scope van de SMB-richtlijn valt (2.3.). Vervolgens gaat hij na of er, in bevestigend geval, wijzigingen plaatsgrepen aan het ABR die temporeel onder de doorwerking van de SMB-richtlijn vallen (2.4.).

2.3.

Het valt, gelet op de rechtspraak van het Hof van Justitie, niet te betwisten dat ook een gemeentelijke stedenbouwkundige verordening zoals het ABR van de stad Gent voldoet aan de twee cumulatieve voorwaarden om als “plan of programma” in de zin van artikel 2, a) van de SMB-richtlijn (of artikel 4.1.1, §1, 4° DABM) beschouwd te worden. Meer bepaald is een gemeentelijke stedenbouwkundige verordening “door een instantie op lokaal niveau opgesteld en/of vastgesteld” en “door een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling voorgeschreven”. Het Hof heeft het “voorgeschreven” karakter zo uitgelegd dat plannen en programma’s waarvan de vaststelling is geregeld in nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarin de voor de vaststelling van deze plannen en programma’s bevoegde autoriteiten zijn aangegeven en de procedure voor de opstelling ervan is bepaald, voor de toepassing van de SMB-richtlijn als “voorgeschreven” in de zin van deze richtlijn moeten worden aangemerkt. Indien plannen en programma’s waarvan de vaststelling niet verplicht is, worden uitgesloten van de werkingssfeer van de SMB-richtlijn, zou, gelet op het feit dat deze richtlijn ertoe strekt een hoog milieubeschermingsniveau te verzekeren, immers afbreuk worden gedaan aan de nuttige werking ervan (HvJ 7 juni 2018, C-671/16, overwegingen 36-38). De vaststelling van een gemeentelijke stedenbouwkundige verordening, zoals het ABR, is decretaal geregeld (oud artikel 55, §2 DRO en huidig artikel 2.3.2, §2 VCRO)

Vervolgens moet worden nagegaan of de gemeentelijke verordening als plan of programma een milieubeoordeling dient te ondergaan. Volgens artikel 3, tweede lid, a) van de SMB-richtlijn, waarnaar de verzoekende partij verwijst, is dit vereist voor plannen en programma’s die, ten eerste, worden voorbereid met betrekking tot bepaalde sectoren en, ten tweede, het kader vormen voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor de in de bijlagen I en II bij de project-MER-richtlijn genoemde projecten (zie in die zin arrest HvJ 17 juni 2010, Terre wallonne en Inter-Environnement Wallonie, C-105/09 en C-110/09, EU:C:2010:355, punt 43).

Met de verzoekende partij kan worden aangenomen dat het ABR onbetwistbaar het kader vormt voor de toekenning van toekomstige vergunningen voor meergezinswoningen die te beschouwen zijn als stadsontwikkelingsprojecten, zoals vermeld in de bijlagen I en II bij de project-MER-richtlijn. Het ABR is van toepassing op het hele grondgebied en bevat voorschriften die onder meer een voldoende leefkwaliteit moeten garanderen in de

afzonderlijke woongelegenheden. Deze vaststelling volstaat reeds om aan te nemen dat de stedenbouwkundige voorschriften van het ABR aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor het stedelijke milieu.

Het Hof van Justitie benadrukt, onder meer in het arrest van 7 juni 2018 waarnaar de verzoekende partij verwijst, dat het wezenlijke doel van de SMB-richtlijn erin bestaat plannen en programma's die aanzienlijke effecten op het milieu kunnen hebben, tijdens hun voorbereiding en vóór hun vaststelling, aan een milieubeoordeling te onderwerpen (HvJ 7 juni 2018, C-671/16, overweging 62 en de daar aangehaalde rechtspraak; zie in die zin ook HvJ 7 juni 2018, C- 160/17, Thybaut, overweging 61 en de daar aangehaalde rechtspraak).

Het ABR behelst een veelomvattend geheel van verordenende voorschriften, die in hun geheel genomen een significant geheel omvatten aan criteria en modaliteiten die kaderstellend zijn voor de toekenning van vergunningen binnen het grondgebied van de stad Gent.

Het louter gegeven dat de verordening de bestemming binnen het grondgebied niet wijzigt, doet hieraan geen afbreuk. De verordening verankert in verordenende voorschriften regelgeving over gebouwen, verhardingen, afvalwater en hemelwater, wonen, parkeerplaatsen, studentenhuysvesting, functiewijzigingen, die het regelgevend kader vormen bij de toekenning van vergunningen.

2.4

De termijn voor omzetting van de SMB-richtlijn in het nationale recht verstreek op 21 juli 2004. De oorspronkelijke versie van het ABR werd vastgesteld door de stad Gent op 29 juni 2004 en viel, zoals hoger aangegeven, als zodanig temporeel niet onder de verplichtingen van de SMB-richtlijn. Bij de aanneming van de opeenvolgende wijzigingen vastgesteld op respectievelijk 29 januari 2008, 22 september 2008, 28 juni 2010, 25 juni 2012, 26 mei 2014 en 19 maart 2018 werd evenwel evenmin aan de verplichtingen onder de SMB-richtlijn dan wel (ingevolge de omzetting per 1 december 2007) titel IV, Hoofdstuk II van het DABM tegemoetgekomen (HvJ, 10 september 2015, C-473/14, Dimos Kropias Attikis, overweging 56.) Enkel voor de laatste wijziging vastgesteld op 28 september 2020 (artikel 39bis: verbod op individuele verkoop van units binnen grootschalige collectieve verblijfsaccommodatie voor studenten) blijkt een voorafgaande m.e.r.-screening te zijn doorgevoerd in het kader van een "kleine wijziging".

In de toelichtingsnota bij de (voor de voorliggende aanvraag relevante) aanpassing van het ABR in 2008 (vastgesteld op 29 januari 2008) staat: *"Het algemeen bouwreglement is nu ruim 2 jaar van kracht. Uit een tussentijdse evaluatie blijkt dat bijsturing op een aantal punten*

noodzakelijk is. Niet alle artikels en definities doorstaan een toets met bovenstaande criteria....Bovendien leidt ook een wijziging van de Vlaamse wetgeving tot enkele noodzakelijke aanpassingen....". Bovendien blijkt artikel 27, §2 ABR, waarmee de aanvraag volgens de bestreden beslissing strijdt, ingevoerd te zijn in het kader van het meermaals gewijzigd ABR na de vaststelling van het oorspronkelijk bouwreglement in 2004.

De verzoekende partij maakt aannemelijk dat het voorliggende bouwreglement een principiële milieubeoordelingsplichtig plan of programma is in de zin van een heel pakket of significant geheel aan criteria en modaliteiten die het kader vormen voor de vergunningverlening van (onder meer) stadsontwikkelingsprojecten, en waarbij concreet voor de wijzigingen sinds de aanneming van het initiële ABR de verplichtingen onder de SMB-richtlijn niet werden ingelost. Wat die laatste vaststelling betreft, maakt de Raad abstractie van de wijziging vastgesteld op 28 september 2020 nu deze niet zinvol betrokken wordt bij de gevraagde buiten toepassing verklaring.

De verzoekende partij stipt uitdrukkelijk aan dat de weigeringsbeslissing steunt op een toetsing aan voorschriften (artikel 25 en 27 ABR) die slechts, met hun huidige inhoud, intrede deden na de (temporele) doorwerking van de SMB-richtlijn. In het licht van de ontwikkelde wettigheidskritiek moet de Raad dan ook het ABR, wat betreft de onwettig, want zonder het inlossen van de SMB-verplichtingen, aangenomen wijzigingen, (conform artikel 159 Grondwet) buiten toepassing verklaren.

Het middel is in de aangegeven mate gegrond.

B. Tweede middel

Het tweede middel wordt niet verder onderzocht nu het niet tot een ruimere vernietiging kan leiden.

V. Beslissing

1. De bestreden beslissing wordt vernietigd.
2. De Raad beveelt de verwerende partij een nieuwe beslissing te nemen over het bestuurlijk beroep van de verzoekende partij en dit binnen een termijn van drie maanden te rekenen vanaf de dag na de dag van de betekening van dit arrest.
3. De kosten van het beroep bestaande uit het rolrecht van de verzoekende partij, bepaald op 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding begroot op 700 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken in zitting van 22 juli 2021 door de zevende kamer.

De toegevoegd griffier,

De voorzitter van de zevende kamer,

Marino DAMASOULIOTIS

Marc VAN ASCH