

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

ARREST

Nr. 141.041 van 22 februari 2005

A. 78.009/XIII-585

In zake:

1. de naamloze vennootschap IMMO FOND'ROY,
2. de naamloze vennootschap IMMOMILLS-LOUIS DE WAELE DEVELOPMENT,

die woonplaats hebben gekozen bij
Mr. Dominique LAGASSE, advocaat,
Terhulpensesteenweg 187
1170 Brussel,

tegen:

het Brussels Hoofdstedelijk Gewest,
vertegenwoordigd door zijn Regering,

dat woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Jean-Paul LAGASSE, advocaat,
de Jamblinne de Meuxplein 41
1030 Brussel.

Tussenkommende partij:

de gemeente Ukkel,

die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Bernard DANDOIS, advocaat,
Bosquetstraat 10/4
1060 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, XIIIe KAMER,

Gezien het op 25 maart 1998 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap IMMO FOND'ROY en de naamloze vennootschap IMMOMILLS-LOUIS DE WAELE DEVELOPMENT de nietigverklaring vorderen van "het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 15 januari 1998 om onder voorwaarden en voor beperkte tijd een stedenbouwkundige vergunning af te geven om percelen aan de Eikenboslaan te Ukkel te omheinen";

Gezien het op 6 juli 1998 ingediende verzoekschrift, waarbij de gemeente Ukkel vraagt om als tussenkomende partij te mogen optreden;

Gelet op de beschikking van 9 juli 1998, waarbij die tussenkomst wordt toegestaan;

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer KOVALOVSKY, eerste auditeur bij de Raad van State, opgemaakt op grond van artikel 12 van de algemene procedureregeling;

Gelet op de beschikking van 3 september 2003, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 21 januari 2004, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 19 februari 2004;

Gehoord het verslag van de heer HANOTIAU, kamervoorzitter;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Dominique LAGASSE, advocaat, die voor de verzoekende partijen verschijnt, van Mr. Frédéric VAN DE GEJUCHTE, loco Mr. Jean-Paul LAGASSE, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt, en van Mr. Bernard DANDOIS, advocaat, die voor de tussenkomende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer KOVALOVSKY, eerste auditeur-afdelingshoofd;

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

Overwegende dat de volgende feiten aan het geding ten grondslag liggen:

1. Op 20 september 1995 dienen de verzoekende partijen, samen met andere eigenaars-buren, een aanvraag om een stedenbouwkundige vergunning in bij het gemeentebestuur van Ukkel om hun respectieve percelen aan de Eikenboslaan tussen de nummers 56 en 160 en kadastraal bekend sectie H, nummers 57z3, 56m9, 56n9 en 56l9 te omheinen.

2. Op 23 april 1996 besluit het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ukkel om de aangevraagde stedenbouwkundige vergunning te weigeren om de redenen die in het ongunstige advies van de gemachtigde ambtenaar als volgt worden omschreven:

" Aangezien de aanvraag betrekking heeft op de gedeeltelijke omheining van een site die bestaat uit verschillende terreinen die op het gewestelijk ontwikkelingsplan zijn opgenomen binnen een perimeter voor de grondreserve en gedeeltelijk binnen een perimeter voor culturele, historische of esthetische waarden en/of voor stadsverfraaiing;

Aangezien het gewestplan, dat is goedgekeurd bij koninklijk besluit van 28 september 1979, het goed situeert in een gebied voor grondreserve, en in het raam van de toepassing van de ordonnantie van 29.08.1991 tot op heden de noodzaak niet is aangetoond dat de plaatsing ervan moet worden vastgelegd via de opmaak van een bijzonder bestemmingsplan;

Overwegende de vooraanstaande rol van de site in de groene structuur van het zuidwesten van de gemeente, tussen het Verrewinkelbos en de Molen van het Nekkersgat;

Overwegende dat de desbetreffende terreinen en de nabije geklasseerde site doorkruist worden door paden en erfdienstbaarheden van doorgang die niet kunnen worden gewijzigd via deze procedure;

Overwegende dat het dossier onvolledig is wat betreft de loop van die paden en erfdienstbaarheden;

Overwegende dat de beoogde gedeeltelijke omheining de vrije doorgang belemmert van een weg die er reeds meer dan dertig jaar ligt en daardoor een erfdienstbaarheid van doorgang is geworden;

Overwegende dat de geplande omheining van die aard is dat (ze) de vrije loop van de (zoog)dieren op die site belemmert;

Overwegende dat het voorgestelde type omheining niet samengaat met de landelijke typologie van de plaatsen (wegen, kasseibanen, wegels, natuurlijke plantengroei...);

ONGUNSTIG ADVIES over de als zodanig ingediende aanvraag. Een gedeeltelijke omheining is alleen toegelaten mits:

1. het behoud van de vrije doorgang over de hele lengte van zowel de bestaande erfdienstbaarheden van doorgang als de buurtpaden;
2. de plaatsing van de omheining op 3 meter van de weg;

3. een typische omheining van de weidelanden. Ze wordt voorzien van rondhouden paaltjes (2,2 meter) op 5 meter afstand van elkaar en onderling verbonden met 5 niet gepunte ijzerdraden. Om de 30 meter wordt een spoorwegbalk als versterking aangebracht. De hoogte boven de grond is 1,5 meter".

3. Het stedenbouwkundig college, waarbij de aanvragers beroep hadden ingesteld, weigert ook om de vergunning af te geven om de volgende redenen:

- " Overwegende dat de aanvraag tot doel heeft te verkrijgen dat een omheining mag worden geplaatst aan de Eikenboslaan, op de percelen tussen de huizen nummers 56 tot 160;

Overwegende dat de percelen volgens het gewestelijk ontwikkelingsplan gelegen zijn in een gebied voor grondreserve;

Overwegende dat de overlegcommissie op 20 december 1995 het volgende advies heeft uitgebracht:

"Overwegende dat de aanvraag betrekking heeft op de gedeeltelijke omheining van een site die bestaat uit verschillende terreinen die op het gewestelijk ontwikkelingsplan zijn opgenomen binnen een perimeter voor de grondreserve en gedeeltelijk binnen een perimeter voor culturele, historische of esthetische waarde of voor stadsverfraaiing;

Overwegende dat het gewestplan, dat is goedgekeurd bij koninklijk besluit van 28 september 1979, het goed situeert in een gebied voor grondreserve, en in het raam van de toepassing van de ordonnantie van 29.08.1991 tot op heden de noodzaak niet is aangetoond dat de plaatsing ervan moet worden vastgelegd via de opmaak van een bijzonder bestemmingsplan;

Overwegende de vooraanstaande rol van de site in de groene structuur van het zuidwesten van de gemeente, tussen het Verrewinkelbos en de Molen van het Nekkersgat;

Overwegende dat de desbetreffende terreinen en de nabije geklasseerde site doorkruist worden door paden en erfdienstbaarheden van doorgang die niet kunnen worden gewijzigd via deze procedure;

Overwegende dat het dossier onvolledig is wat betreft de loop van die paden en erfdienstbaarheden;

Overwegende dat de beoogde gedeeltelijke omheining de vrije doorgang belemmert van een weg die er reeds meer dan dertig jaar ligt en daardoor een erfdienstbaarheid van doorgang is geworden;

Overwegende dat de geplande omheining van die aard is dat (ze) de vrije loop van de (zoog)dieren op die site belemmert;

Overwegende dat het voorgestelde type omheining niet samengaat met de landelijke typologie van de plaatsen (wegen, kasseibanen, wegels, natuurlijke plantengroei...);

ONGUNSTIG ADVIES over de als zodanig ingediende aanvraag. Een gedeeltelijke omheining is alleen toegelaten mits:

1. het behoud van de vrije doorgang over de hele lengte van zowel de bestaande erfdienstbaarheden van doorgang als de buurtpaden;
2. de plaatsing van de omheining op 3 meter van de weg;
3. een typische omheining van de weidelanden. Ze wordt voorzien van rondhouden paaltjes (2,2 meter) op 5 meter afstand van elkaar en onderling verbonden met 5 niet gepunte ijzerdraden. Om de 30 meter wordt een spoorwegbalk als versterking aangebracht. De hoogte boven de grond is 1,5 meter";

Overwegende dat verzoeker aanvoert dat de beslissing waarbij de vergunning wordt geweigerd onwettig is, daar ze alleen op een civielrechtelijke reden zou berusten;

Overwegende dat die kritiek zinloos is, aangezien het Stedenbouwkundig College een overheid is die zich in de plaats stelt van de overheid van het eerste niveau om de vergunning af te geven of te weigeren;

Overwegende dat het Stedenbouwkundig College geen deel uitmaakt van de rechterlijke macht en niet bevoegd is om uitspraak te doen over civielrechtelijke zaken die uitsluitend onder de rechtbanken ressorteren (artikel 144 van de Grondwet);

Overwegende dat de gemeente Ukkel niet bewijst dat er buurtwegen zijn; dat er in die omstandigheden geen grond is om zich uit te spreken over de gevolgen die buurtwegen uit stedenbouwkundig oogpunt hebben;

Overwegende dat de gemeente Ukkel evenmin aantoonde dat er erfdienstbaarheden zouden bestaan, waarvan het bestaan onbetwistbaar zou zijn ingevolge een vonnis of een arrest van een rechterlijke instantie;

Overwegende dat er weliswaar een bijzonder bestemmingsplan bestaat (BBP nr. 17 - Kauwberg) dat door de gemeenteraad van Ukkel definitief is aangenomen op 27 januari 1958 en goedgekeurd bij koninklijk besluit van 31 januari 1959 krachtens de besluitwet van 2 december 1946, maar dat feit verandert niets aan de regels die toepasbaar zijn krachtens het gewestelijk ontwikkelingsplan;

Overwegende dat artikel B.9 van het gewestelijk ontwikkelingsplan bepaalt dat "de grondreserveperimeters behouden worden in hun bestaande feitelijke toestand zolang de noodzakelijkheid van hun herbestemming niet werd aangetoond en niet werd vastgesteld door de Regering";

Overwegende dat de "bestaande feitelijke toestand" van de desbetreffende terreinen, namelijk "het werkelijke gebruik van de grond" volgens bepaling F van het glossarium van het GewOP de vrije toegang ervan mogelijk maakt;

Overwegende dat het gewestelijk ontwikkelingsplan eveneens bepaalt dat de ordening van dergelijke perimeters "bij bijzonder bestemmingsplan wordt vastgelegd volgens de bepalingen van de artikelen 60 tot 65 van de ordonnantie van 29 augustus 1991 houdende organisatie van de planning en de stedenbouw", hetzij op initiatief van de Regering;

Dat de Regering tot op heden nog geen enkel initiatief heeft genomen waartoe zij volgens artikel B.9 van het gewestelijk ontwikkelingsplan de mogelijkheid heeft, en dat de bestaande feitelijke toestand bijgevolg behouden dient te blijven;

Overwegende dat de handhaving van de bestaande feitelijke toestand inhoudt dat thans geen omheining kan worden geplaatst;

Dat de verplichting om te omheinen zoals bedoeld in artikel 63 van de Algemene Bouwverordening van de Brusselse Agglomeratie hoe dan ook niet van toepassing is op de desbetreffende terreinen, die thans niet bebouwbaar zijn".

4. Nadat vervolgens beroep was ingesteld bij de Regering, verleent deze de vergunning mits de volgende voorwaarden in acht worden genomen:

- "- de omheining bestaat uit materialen die verenigbaar zijn met het landelijk karakter van de plaatsen overeenkomstig de voorwaarden die zijn geformuleerd in het eensluidend advies van 20 maart 1996 van de gemachtigde ambtenaar;
- de omheining wordt geplaatst op de rand van het huidige perceel van de Eikenboslaan;
- een opening van ± 2 meter in de omheining wordt voorzien op een dertigtal meter ten zuiden van het midden van de toegangsweg tot het kerkhof;
- de noordkant van de omheining volgt het traject van buurtweg nr. 33".

5. Die beslissing is de akte die met het onderhavige beroep wordt bestreden en is met de volgende redenen omkleed:

- " Overwegende dat de verzoeker aanvoert dat het Stedenbouwkundig College ten onrechte uit artikel B.9 van de stedenbouwkundige voorschriften van het GewOP afleidt dat deze het omheinen van de terreinen van de verzoekers in de weg zouden staan, in zoverre artikel B.9 voorziet in het behoud van de grondreserveperimeters in hun bestaande toestand omdat de bestaande feitelijke toestand van de betrokken terreinen, dat wil zeggen "het werkelijke bodemgebruik" volgens bepaling F - glossarium van het GewOP de vrije toegang ervan mogelijk zou maken;

dat volgens de verzoeker de woorden "bestaande feitelijke toestand" staan voor een begrip met een louter stedenbouwkundige inhoud: het bepaalt de stedenbouwkundige bestemmingen die zijn gegeven aan de percelen van het betrokken grondgebied; dat in dit geval de terreinen van de verzoeker op de kaart van de bestaande feitelijke toestand van het gewestplan opgenomen zijn in een gebied voor niet-bebouwde terreinen;

dat zolang het GewOP de classificatie van de welomschreven soorten gebieden zoals aangenomen in het gewestplan niet heeft opgeheven, de bestaande feitelijke toestand van de terreinen van de eisers een niet-bebouwd karakter blijven behouden; dat de omheining van de terreinen van de verzoekers niets aan deze toestand verandert: de terreinen blijven niet-bebouwd volgens de verzoeker;

Overwegende dat de verzoeker in een tweede rechtsmiddel en aanvullend stelt dat de eis tot het behoud van de bestaande feitelijke toestand zoals opgevat door het Rechtscollege totaal indruist tegen het privé-karakter van de desbetreffende terreinen en fundamenteel voorbijgaat aan artikel 647 van het Burgerlijk Wetboek dat aan iedere eigenaar het recht toekent om zijn goed te omheinen;

Overwegende dat de argumentatie op basis waarvan de verzoeker de motivering van de weigeringsbeslissing van het Stedenbouwkundig College verwerpt relevant is; dat er immers geen uitgebreide interpretatie kan worden gegeven aan de bijzondere voorschriften betreffende elke perimeter van het GewOP, in dit geval aan de woorden "bestaande feitelijke toestand" vermeld in artikel B.9 "De grondreserveperimeters"; dat de eigenaar van een goed binnen een grondreservegebied op zijn terrein de normale beheerwerken mag uitvoeren die overeenstemmen met de bestaande feitelijke toestand (niet-bebouwde terreinen), met inbegrip van de omheiningswerken op dit terrein;

Overwegende dat, voor dezelfde motieven, het aanvullend rechtsmiddel dat door de verzoeker is aangevoerd, namelijk de schending van artikel 647 van het Burgerlijk Wetboek, eveneens gegrond is; dat de bestemming van de desbetreffende terreinen in een grondreservegebied geen afbreuk doet aan de rechten die voortvloeien uit artikel 647 van het Burgerlijk Wetboek: het gaat om gewone beheerhandelingen op een privé-goed, die niet in overtreding zijn met de verplichting tot het behoud van de bestaande feitelijke toestand;

Overwegende dat het niettemin de taak is van de administratieve overheden belast met het beheer van de ruimtelijke ordening en stedenbouw om de voorwaarden te bepalen waarin de onroerende goederen mogen worden omheind; dat deze aanvraag de desbetreffende terreinen wil omheinen met een type omheining dat voorzien is in artikel 63 van de Algemene Bouwverordening van de Brusselse Agglomeratie betreffende de omheining van braakliggende bouwterreinen;

dat, gelet op het feit dat het terrein opgenomen is in een grondreservegebied, het thans in dit geval geen bestemming als bouwterrein heeft; dat bovendien de toestand van de plaatsen een veld is en geen stedelijk braakliggend terrein; dat de terreinen in de buurt omheind zijn met typische weilandomheiningen (houten paaltjes en draad);

dat onder die voorwaarden het type omheining dat is voorgeschreven in het eensluidend advies van de gemachtigde ambtenaar, namelijk de typische omheining van weilanden bestaande uit rondhouten paaltjes (2,2 meter) op een afstand van 5 meter van elkaar en onderling verbonden door 5 niet-gepunte ijzerdraden adequaat is; dat dit type omheining voorts het voordeel biedt dat het de vrije loop van de (zoog)dieren op die plaats niet belemmert;

Overwegende bovendien dat uit foto nr. 3 bij de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag (liggingsplan) duidelijk blijkt dat er een weg van ± 2 meter breed ligt op een dertigtal meter ten zuiden van het midden van de toegangsweg tot het kerkhof; dat op die plaats een opening van ± 2 meter in de omheining moet worden voorzien;

Overwegende dat in tegenstelling tot het advies van de gemachtigde ambtenaar, de omheining niet zal worden geplaatst op de rooilijn voorzien in het BBP, dat wil zeggen 3 meter achteruit ten opzichte van de huidige weg in het feitelijk ingroeningsgebied langs de Eikenboslaan, maar op de rand van de huidige weg;

dat artikel 88.3° van de OPS toelaat om gedurende de periode voorafgaand aan de verwezenlijking van de definitieve bestemming waarin voorzien is bij een verordenende of wetsebepaling een vergunning van beperkte duur af te leveren voor werken die niet conform een verordening in dit geval de voorschriften van het BBP nr. 7 "Kauwberg" wat de rooilijn betreft;

dat deze vergunning 5 jaar geldig is overeenkomstig artikel 3 van de Executieve van 26 november 1992 betreffende de stedenbouwkundige vergunningen van beperkte duur;

Overwegende ten slotte dat de omheining zich niet houdt aan het traject van buurtweg nr. 33 op het liggingsplan en het goed van de NV Immomills- Louis De Waele Développement schuin doorloopt; dat deze buurtweg niet het voorwerp heeft uitgemaakt van een administratieve opheffingsprocedure; dat het traject van deze weg derhalve in acht dient te worden genomen en bijgevolg de noordkant van de omheining zodanig geplaatst dient te worden dat deze langs de desbetreffende buurtweg loopt."

De vergunning is verleend voor een beperkte tijd van vijf jaar, overeenkomstig artikel 88, 3°, van de ordonnantie van 29 augustus 1991 houdende de planning en de stedenbouw (OPS);

Overwegende dat de verwerende partij een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het beroep opwerpt; dat ze onder verwijzing naar het enige middel van het verzoekschrift vaststelt dat dit middel in wezen ontleend is aan schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en betrekking heeft op twee van de bijzondere voorwaarden waaraan de bestreden vergunning is onderworpen; dat het volgens haar daarbij gaat om de enige twee aspecten van de bestreden handeling die betwist worden: de verzoekende partijen vragen overigens in hun verzoekschrift om de bestreden beslissing te vernietigen "in zoverre ze de twee volgende voorwaarden bevat: (...)"; dat ze daaruit opmaakt dat het gaat om een beroep tot gedeeltelijke nietigverklaring die zich beperkt tot die twee voorwaarden;

Overwegende dat de verwerende partij aanvoert dat de nietigverklaring van die bijzondere voorwaarden de Raad van State ertoe zou brengen om zich in de plaats te stellen van het actieve bestuur en zich bijgevolg de beoordelingsbevoegdheid aan te matigen die alleen aan het actieve bestuur toekomt; dat ze opmerkt dat de bestreden voorwaarden onlosmakelijk verbonden zijn met de stedenbouwkundige vergunning, zowel in verband met de uitvoering van de beslissing als wat de inhoudelijke motivering van de beslissing betreft en dat het principe zelf van het opleggen van bijzondere voorwaarden een doorslaggevend aspect is geweest in de beoordeling van de verwerende partij toen deze de bestreden akte heeft afgegeven; dat ze van oordeel is dat de nietigverklaring van de twee bestreden voorwaarden tot gevolg zou hebben dat de inhoud en de opzet van de bestreden handeling fundamenteel worden gewijzigd, terwijl het een vaste rechtspraak is dat een beroep niet-ontvankelijk is wanneer het is gericht tegen de voorwaarden die worden verbonden aan de vergunning die de verzoekende partijen aanvragen;

Overwegende dat de verwerende partij voorts aanvoert dat als het verzoekschrift zo zou worden geïnterpreteerd dat het zou gericht zijn tegen de bestreden handeling in haar geheel en niet alleen tegen de twee bovengenoemde bijzondere voorwaarden, het beroep toch niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard, want, zoals in arrest nr. 64.255 van 29 januari 1997 is onderstreept, is de handeling "in zoverre ze aan de verzoekende partij een vergunning toekent, die ze overigens geenszins verplicht is uit te voeren, op gevaar af dat ze komt te vervallen, niet van dien aard is dat ze haar nadeel kan berokkenen";

Overwegende dat de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord stellen dat de twee bestreden voorwaarden helemaal niet onlosmakelijk verbonden zijn aan de stedenbouwkundige vergunning en dat de verwerende partij die voorwaarden ten onrechte een essentiële strekking verschaft die ze juridisch niet kunnen hebben; dat ze ten eerste betogen dat de uitvoeringsvoorwaarden niet doorslaggevend kunnen zijn voor de vergunning om een omheining te plaatsen; dat ze onderstrepen dat de vraag waarrond hun beroep bij de Regering draaide uitsluitend betrekking had op het recht van vergunningaansvragers om het genot te hebben van de kenmerken van het eigendomsrecht en bijgevolg het recht om hun percelen te omheinen en onbevoegden aldus de toegang ertoe te ontzeggen, zodat de Regering, aangezien ze dat principe aanvaard had, de vergunning niet afhankelijk kon stellen van zogenaamd doorslaggevende voorwaarden die het omheiningsrecht op de helling kunnen zetten; dat de overheid de vergunning volgens hen hooguit kon onderwerpen aan bijkomende voorwaarden die de strekking van dat recht niet in het gedrang kunnen brengen;

Overwegende dat de verzoekende partijen aanvoeren dat de verwerende partij dus ten onrechte stelt dat de bestreden voorwaarden doorslaggevend zijn voor de omheiningsvergunning die is afgegeven, want stricto sensu mogen de voorwaarden die zij aan de vergunning kon verbinden alleen betrekking hebben op de uitvoering ervan en mogen ze niet aan de kern ervan raken;

Overwegende dat de verzoekende partijen ook aanvoeren dat de toekenning van een stedenbouwkundige vergunning niet mag afhangen van onregelmatige voorwaarden; dat de opgelegde voorwaarden volgens hen immers kennelijk irrelevant of inadequaat, ja zelfs onwettig zijn, en wel om de volgende redenen:

" - Voorwaarde omtrent het type omheining

Het is onjuist zoals de verwerende partij te stellen dat de bestreden voorwaarde aan de afgegeven vergunning kon worden verbonden, omdat ze ervoor zorgt dat de vrije doorgang van de ter plaatse aanwezige dieren niet wordt belemmerd;

Het door de verwerende partij opgelegde type omheining ("typische omheining van weilanden, bestaande uit rondhouten paaltjes (2,2 meter), op een afstand van 5 meter van elkaar en onderling verbonden door 5 niet-gepunte ijzerdraden" - blz. 7 van de bestreden akte) zorgt er immers wel voor dat de dieren vrije doorgang hebben, maar kan niet beantwoorden aan de doelstelling van de verzoekende partijen (voorkomen dat derden op hun eigendom komen) die aan de vergunningsaanvraag ten grondslag lag.

Bij het uitvaardigen van specifieke regels voor de uitvoering van de vergunning moest de verwerende partij absoluut oog hebben voor die doelstelling, aangezien ze aan de vergunningsaanvraag ten grondslag lag. Dat klemde des te meer, daar de beoogde doelstelling (ervoor zorgen dat de ter plaatse aanwezige dieren vrije doorgang hebben) kon worden bereikt via een voorwaarde die verenigbaar is met het recht van de vergunningaanvragers om derden de toegang tot hun eigendom te ontfangen.

De vergunningaanvragers hadden de verwerende partij overigens erop gewezen dat ze het plaatsen van een omheining van het type dat in de vergunningsaanvraag was voorgesteld kon verbieden (een 1,8 meter hoge, geplastificeerde afrastering met enkelvoudige torsie en ruitvormige mazen) en dat ze een soortgelijke afsluiting kon opleggen als die welke wordt gebruikt door de eigenaars van dieren die daar grazen, dat de afsluiting van het landelijke type kon zijn, maar dat ze, met het oog op het bereiken van de doelstelling (derden de toegang ontfangen), aan de volgende vereisten moest voldoen:

- op zijn minst 1,50 meter hoog zijn;
- bestaan uit 7 tot 8 strak gespannen prikkeldraden;
- (welke) ten hoogste 20 cm van elkaar verwijderd zijn;
- en waarvan de onderste zich ten hoogste 15 centimeter boven de grond bevindt.

Door aan de afgegeven vergunning een voorwaarde te verbinden die onverenigbaar is met de functie die de afsluiting geacht wordt te vervullen, heeft de verwerende partij de afgegeven vergunning aldus volledig zinloos gemaakt, wat in strijd is met het principe zelf van het omheiningsrecht.

Meer nog, de verwerende partij had geen gegronde reden om de bestreden kenmerken van de omheining op te leggen om zogenaamd de vrije doorgang van de dieren mogelijk te maken, aangezien de vergunningsaanvraag alleen tot doel heeft de Kauwberg gedeeltelijk af te sluiten op plaatsen die derden gemakkelijk kunnen betreden (uitsluitend aan de Eikenboslaan) zodat de omheining, ongeacht de kenmerken ervan, de vrije doorgang van de ter plaatse aanwezige dieren niet belemmert. De afgegeven afsluitingsvergunning kan dus niet afhangen van die kennelijke dwaling omtrent de feiten.

- Verbod om de toegang tot een zogenaamde erfdienstbaarheid van overgang af te sluiten

De verwerende partij kon niet opleggen dat een opening van ongeveer 2 meter niet omheind mocht worden op de grond dat die opening behouden moest blijven "omdat er een weg van die breedte bestaat" en op de grond dat ze tot taak

heeft "de bestaande situatie ter plaatse te handhaven" (blz. 4 van de memorie van antwoord) zonder dat ze daarbij in tegenstrijdigheden of onwettigheid verviel.

Ofwel geeft de verwerende partij daarmee aan dat ze de bestaande feitelijke situatie niet kon wijzigen en in dat geval bevat haar akte een fundamentele inhoudelijke tegenstrijdigheid.

Door op te leggen dat er een opening van 2 meter moet blijven "om de bestaande situatie ter plaatse te handhaven" geeft de verwerende partij immers enerzijds aanleiding tot het verzet van het rechterlijk college (...) dat gebaseerd is op artikel B.9 van de voorschriften van het gewestelijk ontwikkelingsplan door er een uitgebreide interpretatie aan te geven, terwijl ze dat precies had willen vermijden (zie blz. 6 van de bestreden akte) en verbindt ze aan de bouwvergunning anderzijds het vervullen van een voorwaarde die onverenigbaar is met artikel 647 van het Burgerlijk Wetboek, terwijl ze die bepaling correct had geïnterpreteerd als de rechtsgrond van het recht van iedere eigenaar om zijn erf af te sluiten (ibidem).

De verwerende partij kon aan een bouwvergunning echter geen voorwaarde verbinden die fundamenteel in strijd is met de hoofdredenen voor haar beslissing (de vergunningaanvragers hebben het recht om hun eigendom af te sluiten). Zulk een tegenstrijdigheid kan wettelijk niet doorslaggevend zijn voor de afgegeven vergunning.

Ofwel gaat de verwerende partij ervan uit dat er werkelijk een dertigjarige erfdienstbaarheid van overgang bestaat waarvoor de vrije toegang moet worden gehandhaafd en in dat geval is de bestreden voorwaarde kennelijk onwettig, omdat de verwerende partij niet bevoegd is om zich uit te spreken over een privaatrechtelijke aangelegenheid, te meer daar het bestaan van de aangevoerde erfdienstbaarheid in het onderhavige geval wordt aangevochten bij de gewone rechtbanken.

Door aan de afgegeven vergunning een voorwaarde te verbinden waarmee inbreuk wordt gemaakt op de bevoegdheid van de gewone rechtbanken, heeft de verwerende partij aldus de artikelen 144 en 145 van de Grondwet geschonden";

Overwegende dat het verzoekschrift een tegenstrijdigheid bevat omtrent het werkelijke onderwerp van het beroep; dat in het verzoekschrift, zonder nadere toelichting, weliswaar de nietigverklaring van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 15 januari 1998 als onderwerp van het beroep wordt opgegeven, maar de verzoekende partijen hun verzoekschrift besluiten met een verzoek aan de Raad van State om de bestreden beslissing te vernietigen "voorzover ze de twee volgende voorwaarden bevat (...)", namelijk de voorwaarden die in het middel worden aangevochten; dat de verzoekende partijen in hun memorie van wederantwoord, om de exceptie van niet-ontvankelijkheid aan te vechten, helemaal niet aanvoeren dat ze de nietigverklaring van de hele bestreden handeling vorderen; dat zowel uit de aangevoerde argumenten als uit de conclusie zelf van de memorie duidelijk blijkt dat de verzoekende partijen alleen de nietigverklaring van de bestreden voorwaarden willen vorderen; dat zulks ook blijkt uit hun laatste memorie wanneer ze schrijven dat "de voorwaarden die door de verzoekende partijen worden aangevochten, hier overkomen als de redenen waarom het beroep is ingesteld en niet

als het onderwerp van het beroep", wat erop neerkomt dat ze toegeven dat het belang bij het beroep alleen betrekking heeft op die twee voorwaarden; dat die voorwaarden bovendien niet los kunnen worden gezien van de afgegeven vergunning, die alleen is afgegeven omdat die voorwaarden eraan verbonden waren;

Overwegende dat, als alleen de voorwaarden zouden worden vernietigd, zulks zou neerkomen op het herzien van de bestreden handeling; dat de Raad van State daartoe niet bevoegd is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 471,01 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen ten belope van elk 173,53 euro en ten laste van de tussenkommende partij ten belope van 123,95 euro.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de XIIIe kamer, op tweeëntwintig februari tweeduizend vijf door:

de Hr.	HANOTIAU,	kamervoorzitter,
Mevr.	GUFFENS,	staatsraad,
de Hr.	DAOUT,	staatsraad,
Mevr.	MALCORPS,	griffier.

De Griffier,

De Voorzitter,

M.-Chr. MALCORPS

M. HANOTIAU

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.