RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 160.736 van 28 juni 2006
in de zaak A. 59.328/X-8788.

In zake : de stad MORTSEL,
die woonplaats kiest bij
Advocaat E. GIJBELS,
kantoor houdende te 2640 MORTSEL,
Doolhoflaan 62

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
Advocaat H. SEBREGHTS,
kantoor houdende te 2018 ANTWERPEN,
Mechelsesteenweg 27.

tussenkomende partij :

Christiane VAN GUCHT,
die woonplaats kiest bij
Advocaat F. DEHAEN,
kantoor houdende te 2640 MORTSEL,
Pieter Reypenslei 73.

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

Gezien het verzoekschrift dat de stad MORTSEL op 10 augustus 1994 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 4 mei 1994 van de Vlaamse Minister van Openbare Werken, Ruimtelijke Ordening en Binnenlandse Aangelegenheden waarbij aan Christiane Van Gucht de bouwvergunning wordt verleend voor de wintertuin en geweigerd voor de bergkast op een dakappartement aan de hoek van de Deurnestraat en de Bloemenlei te Mortsel, kadastraal gekend onder sectie A, nr. 180 h6;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst, op 28 maart 1995 ingediend door Christiane Van Gucht;

Gelet op de beschikking van 20 juni 1995 die de tussenkomst van Christiane Van Gucht toelaat;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door Adjunct-auditeur P. BARRA;

Gelet op de beschikking van 21 april 1999 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 regelmatig gewisselde laatste memories;

Gelet op de beschikking van 1 februari 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 24 maart 2006;

Gehoord het verslag van Kamervoorzitter P. LEMMENS;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat E. GIJBELS die verschijnt voor de verzoekende partij, van Advocaat N. ANSOMS die loco Advocaat H. SEBREGHTS verschijnt voor de verwerende partij, en van Advocaat E. MANNAERTS die loco Advocaat F. DEHAEN verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur P. BARRA;

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

1. Overwegende dat het College van burgemeester en schepenen van de gemeente Mortsel bij besluit van 15 juli 1988 aan de heren Van der Auwera en Van Ranst een bouwvergunning heeft verleend voor het oprichten van een gebouw met 11 appartementen en ondergrondse garages te Mortsel, aan de hoek van de Deurnestraat en de Bloemenlei, kadastraal gekend onder sectie A, nr. 180 h6; dat het college bij besluit van 14 september 1992 een bouwvergunning heeft verleend aan de coöperatieve vennootschap Immo Vito, voor de regularisatie van het inmiddels opgetrokken gebouw, bestaande uit 13 appartementen en ondergrondse garages; dat de regularisatie onder meer betrekking heeft op het wijzigen van de bestemming van de dakverdieping van een technische en polyvalente ruimte naar twee appartementen;

Overwegende dat de tussenkomende partij ondertussen eigenares geworden was van één van de twee dakappartementen; dat zij een aanvraag heeft ingediend, ontvangen op 10 maart 1992, strekkende tot het verkrijgen van een regularisatievergunning voor een wintertuin en een bergkast die op haar dakappartement zijn geplaatst; dat het college van burgemeester en schepenen bij besluit van 27 april 1992 de gevraagde vergunning heeft geweigerd; dat de Bestendige Deputatie van de provincieraad van Antwerpen bij besluit van 11 maart 1993 het door de tussenkomende partij ingestelde beroep heeft verworpen; dat de Vlaamse Minister van Openbare Werken, Ruimtelijke Ordening en Binnenlandse Aangelegenheden bij besluit van 4 mei 1994 het door de tussenkomende partij ingestelde beroep gedeeltelijk heeft ingewilligd, en dienvolgens de bouwvergunning heeft verleend voor de wintertuin en geweigerd voor de bergkast; dat dit laatste besluit het voorwerp vormt van het voorliggende beroep;

2. Overwegende dat ambtshalve onderzocht moet worden of de verzoekster een geldige beslissing genomen heeft om het voorliggende beroep in te stellen;

Overwegende dat het college van burgemeester en schepenen op 27 juni 1994 beslist heeft om aan de gemeenteraad voor te stellen om bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring in te stellen; dat het op 4 juli 1994 beslist heeft een advocaat aan te stellen als raadsman van de gemeente; dat de gemeenteraad op 6 september 1994 het college gemachtigd heeft om dat beroep in te stellen; dat het beroep ondertussen in feite reeds was ingesteld, bij een op 10 augustus 1994 ter post aangetekend verzoekschrift;

Overwegende dat uit het voorgaande blijkt dat, ook al is in het besluit van het college van 27 juni 1994 slechts sprake van een voorstel aan de gemeenteraad om het beroep in te stellen, het college in werkelijkheid, overeenkomstig artikel 123, 8°, van de Nieuwe Gemeentewet, beslist heeft om het voorliggende beroep in te stellen; dat die beslissing tijdig is genomen; dat, ter voldoening aan het vereiste van artikel 270, tweede lid, van de Nieuwe Gemeentewet, de gemeenteraad de door het college genomen beslissing achteraf heeft goedgekeurd; dat het beroep op regelmatige wijze is ingesteld;

3. Overwegende dat de verzoekster een eerste middel inroept, afgeleid uit de schending van de algemene beginselen inzake het instellen van een hoger beroep, het recht en de mogelijkheid tot verzaking van een hoger beroep, en de artikelen 44 en 55, § 2, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw,

doordat het ministerieel besluit van 4 mei 1994 houdende gedeeltelijke inwilliging van het beroep van de tussenkomende partij verwijst naar het hoger beroep van 27 april 1993, ingesteld tegen een beslissing van de Bestendige Deputatie van de provincieraad van Antwerpen van 2 april 1993 en het, uitspraak doende op dit beroep, dit ten dele inwilligt,

terwijl door de tussenkomende partij en haar raadsman expressis verbis afstand werd gedaan van dit hoger beroep, en zij een nieuw verzoekschrift indienden waarin de initiële fout inzake de niet-correcte vermelding van de datum van de aangevochten beslissing van de bestendige deputatie werd hersteld; derhalve op dit eerste verzoekschrift niet langer moest, noch kon worden beschikt; geen beroep kan worden ingewilligd, zelfs niet ten dele, waarvan de beroepende partij zelf expliciet verklaarde afstand te doen; voor zover dergelijke afstand met indiening van een nieuw verzoekschrift niet mogelijk zou zijn, quod non, de minister de nietigheid of minstens het gebrek aan voorwerp van het hoger beroep van 27 april 1993 had moeten vaststellen, nu het foutief gelibelleerd was en met name een foutieve datum vermeldde van de aangevochten beslissing, deze van een andere datum zijnde dan die welke op foutieve wijze werd vermeld; alleszins dient gesteld dat de minister ten onrechte het hoger beroep ten dele inwilligde, nu dit gericht was tegen een niet-bestaande beslissing van 2 april 1993, de beslissing in werkelijkheid van een andere datum zijnde; de minister uiteraard geen niet-bestaande, want foutief gedateerde beslissing kon vernietigen; door op een onbestaande, want ingetrokken, alleszins nietig of minstens geen voorwerp hebbend hoger beroep toch tot het verlenen van een gedeeltelijke bouwvergunning over te gaan, de minister een foutieve toepassing maakte van de algemene en specifieke rechtsregels en rechtsbeginselen inzake de in casu te volgen beroepsprocedure, zoals te dezen bepaald in artikel 55, § 2, van de wet op de stedenbouw en de regels van het hoger beroep en de verzaking aan een rechtsmiddel in het algemeen, en de aldus op een foutieve procedure toegekende gedeeltelijke bouwvergunning verleend werd in strijd met de bepalingen van de wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw;

3.1. Overwegende dat de verweerder tegen het middel een "exceptio obcuri libelli" opwerpt, afgeleid uit de vaagheid van het middel;

Overwegende dat in het middel op voldoende duidelijke wijze wordt uiteengezet wat de grief is die de verzoekster tegen het bestreden besluit aanvoert; dat aan dat besluit met name wordt verweten dat het uitspraak doet over een beroep waarvan afstand is gedaan, minstens over een beroep gericht tegen een beslissing die niet bestaat; dat de exceptie niet kan worden aangenomen;

3.2. Overwegende, ten gronde, dat uit de gegevens van het dossier blijkt dat de Bestendige Deputatie van de provincieraad van Antwerpen bij besluit van 11 maart 1993 uitspraak gedaan heeft over het beroep van de tussenkomende partij tegen de beslissing van het College van burgemeester en schepenen van de gemeente Mortsel; dat de tussenkomende partij bij akte van 27 april 1993 beroep heeft ingesteld tegen een beslissing van de bestendige deputatie "d.d. 2.4.1993"; dat zij bij akte van 28 april 1993 beroep heeft ingesteld tegen een beslissing van de bestendige deputatie, deze keer geïdentificeerd als een beslissing "d.d. 11.3.1993"; dat de raadsman van de tussenkomende partij in een begeleidend schrijven van 28 april 1993 de minister uitdrukkelijk heeft verzocht om geen rekening te houden met het verzoekschrift van 27 april 1993, omdat in dat verzoekschrift een verkeerde datum was vermeld voor de beslissing van de bestendige deputatie; dat het bestuur ruimtelijke ordening op 24 mei 1993 de ontvangst heeft gemeld van de aangetekende brief van 28 april 1993, waarbij beroep is ingesteld tegen de beslissing van de bestendige deputatie van 11 maart 1993; dat het bestreden ministerieel besluit van 4 mei 1994 in zijn aanhef verwijst naar het beroep dat door de tussenkomende partij "op 27 april 1993 is ingesteld tegen de beslissing van 2 april 1993" van de bestendige deputatie;

Overwegende dat het administratief dossier zowel de akte van 27 april 1993 als die van 28 april 1993 bevat; dat beide akten, afgezien van de aanwijzing van de bestreden beslissing en enkele aspecten van formele aard, identiek zijn; dat het dan ook kennelijk louter bij verschrijving is dat in het bestreden ministerieel besluit verwezen wordt naar de akte van 27 april 1993 en naar de daarin vermelde beslissing van 2 april 1993; dat uit het dossier met zekerheid blijkt dat het bestreden ministerieel besluit in werkelijkheid uitspraak doet over het beroep van 28 april 1993, gericht tegen de beslissing van 11 maart 1993; dat het middel niet kan worden aangenomen;

4. Overwegende dat de verzoekster een tweede middel inroept, afgeleid uit de schending van de omzendbrieven nrs. 41 en 41bis van respectievelijk 5 augustus 1965 en 6 maart 1967 betreffende opbouwen op terrasdaken van gebouwen - technische bouwlaag, de artikelen 1 en 29 van de gemeentelijke bouwverordening, artikel 1, tweede lid, en artikel 44 en volgende van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, en artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen,

doordat het bestreden ministerieel besluit van 4 mei 1994 houdende gedeeltelijke inwilliging van het beroep van de tussenkomende partij ten onrechte een bouwvergunning verleent voor de aangevochten wintertuinconstructie, stellende dat de in de aanhef van het middel aangehaalde ministeriële omzend-brieven in principe niet van toepassing zijn omdat de bewuste aanbouw zich zou situeren op de hoogste toegestane bouwlaag; dat om dezelfde reden het aan-gevochten ministerieel besluit weigert toepassing te maken van de gemeentelijke bouw- en woningverordening van de gemeente Mortsel van 26 juni 1988, goed-gekeurd bij besluit van 25 september 1992 van de Gemeenschapsminister van Openbare Werken, Ruimtelijke Ordening en Binnenlandse Aangelegenheden,

terwijl de regularisatie van de aanvankelijke wederrechtelijke constructies op de technische verdieping en met name het feit dat een vergelijk krachtens artikel 65, § 3, van de wet op de stedenbouw werd getroffen, deze verdieping geenszins het karakter van technische verdieping of bouwlaag ontneemt en ze niet transformeert in een bijkomende gewone bouwlaag, zodat de wettelijke en reglementaire voorschriften inzake dergelijke technische bouwlaag wel degelijk blijvend dienen te worden gerespecteerd; voorschriften desbetreffend bepaald zijn, enerzijds in de in het middel aangehaalde omzendbrieven, en anderzijds in de vermelde gemeentelijke bouwverordening, voorschriften welke in casu niet gerespecteerd werden zodat ten onrechte een gedeeltelijke bouwvergunning werd toegestaan in strijd met deze bepalingen, die dan ook als geschonden dienen beschouwd; aldus ook het ongewijzigd karakter van de initieel verleende bouwvergunning miskend wordt, en derhalve artikel 44 van de wet op de stedenbouw wordt miskend; voorts, waar artikel 1.3.2 van de voornoemde gemeentelijke bouwverordening uitdrukkelijk bepaalt dat het college van burgemeester en schepenen o.a. in het belang van de architectuur van het gebouw of de harmonie, plaats, kleur, afmetingen en vormgeving van mogelijk storende toevoegingen aan bijkomende voorwaarden kan onderwerpen en zelfs verbieden, en in casu op die grond ook effectief werd opgetreden en met name de regularisatie geweigerd werd,

precies omdat de aanbouw storend was, het initieel concept aantastte en esthetisch niet verantwoord was, en artikel 1, tweede lid, van de wet op de stedenbouw het college van burgemeester en schepenen precies toeliet ook dit esthetisch aspect in aanmerking te nemen, vastgesteld dient te worden dat de minister het aangevochten besluit op dit punt niet motiveert en hij zich zonder meer, op niet toegelaten wijze, in de plaats stelt van het college van burgemeester en schepenen, met miskenning van de hiervóór genoemde wets- en reglements-bepalingen; tevens vastgesteld dient te worden dat, door op foutieve wijze te stellen dat na regularisatie van de dakappartementen in de technische bouwlaag deze het karakter van een toegelaten bouwlaag heeft verkregen, quod non, de ministeriële beslissing zich op een foutief uitgangspunt steunt en derhalve niet regelmatig gemotiveerd is, zulks in strijd met artikel 3 van de wet van 29 juli 1991, waarin niet louter in een formele, doch ook in een inhoudelijke verplichting tot motiveren wordt voorzien, welke motivering afdoende dient te zijn, quod non in casu; alleszins niet gemotiveerd wordt waarom de beslissing van het college van burgemeester en schepenen, in zoverre gesteund op artikel 1.3.2 van de gemeentelijke bouw-verordening, vernietigd wordt en op welke rechtsbasis de minister meent te kunnen steunen om dat de facto ook te doen;

Overwegende, in zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van de omzendbrieven nrs. 41 van 5 augustus 1965 en 41bis van 6 maart 1967, dat omzendbrieven gericht aan administratieve overheden, die richtsnoeren bevatten nopens de interpretatie en de toepassing van de bestaande wetten en verordeningen, geen enkel bindend karakter hebben, ongeacht of zij zijn bekend-gemaakt of niet; dat een eventuele niet-naleving van de onderrichtingen vervat in voormelde omzendbrieven niet tot de onwettigheid van het bestreden besluit kan leiden; dat het middel, in zoverre het de schending van die omzendbrieven aanvoert, niet ontvankelijk is;

Overwegende, voor het overige, dat ook al zou de dakverdieping volgens de oorspronkelijk verleende bouwvergunning van 15 juli 1988 beschouwd moeten worden als een technische bouwlaag, uit de plannen gevoegd bij de aanvraag die geleid heeft tot de regularisatievergunning van 14 september 1992 blijkt dat de dakverdieping niet het kenmerk heeft van een technische bouwlaag, maar van een gewone verdieping met twee appartementen, elk bestaande uit een living, een keuken, twee slaapkamers en een badkamer; dat het bestreden besluit er dan ook van mocht uitgaan dat de dakverdieping een derde verdieping of een vierde, toegelaten bouwlaag is; dat, nu de genoemde regularisatievergunning met betrekking tot de

dakverdieping in de plaats is gekomen van de oorspronkelijke vergunning, het bestreden besluit de bindende kracht van de oorspronkelijke vergunning niet heeft kunnen miskennen, en het artikel 44 van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw niet schendt; dat het bestreden besluit in dit verband ook niet steunt op een verkeerd uitgangspunt en niet is aangetast door een gebrek in de motivering; dat het bestreden besluit ten slotte terecht aanneemt, gelet op de voornoemde vaststellingen, dat artikel 29 van de gemeentelijke bouw- en woningverordening van de gemeente Mortsel van 28 juni 1988, dat betrekking heeft op "vaste uitsprongen boven het dak", niet van toepassing is, op grond dat de aanvraag geen betrekking heeft op zaken, uitspringend boven het dak, maar op zaken die zich op de bovenste, toegelaten bouwlaag zelf bevinden;

Overwegende dat artikel 1, tweede lid, van de wet van 29 maart 1962 bepaalt dat de ruimtelijke ordening wordt ontworpen zowel uit economisch, sociaal en esthetisch oogpunt als met het doel 's lands natuurschoon ongeschonden te bewaren; dat, daargelaten de vraag in hoeverre die bepaling niet enkel bij het opmaken van plannen van aanleg, maar ook bij het onderzoek van vergunnings-aanvragen in acht genomen moet worden, het in gebieden waarvoor er, zoals te dezen, geen bijzonder plan van aanleg of verkavelingsvergunning is, in elk geval de taak is van de vergunningverlenende overheid om geval per geval te onderzoeken of de bouwaanvraag beantwoordt aan de eisen van een goede plaatselijke ordening en zij daarbij de aanvraag o.m. vanuit esthetisch oogpunt dient te beoordelen; dat artikel 1.3.2 van de genoemde bouw- en woningverordening van de gemeente Mortsel voorts bepaalt dat het college van burgemeester en schepenen, "in het belang van de architectuur van het gebouw of de harmonie van het stratenbeeld, de plaats, de kleur, de afmetingen en de vormgeving van mogelijk storende toevoegingen zoals reclames, uithangborden, versieringen, antennes, kabels en draden, verlichtings-toestellen en zonnetenten, aan bijkomende voorwaarden (kan) onderwerpen of (kan) verbieden"; dat de genoemde verordeningsbepaling ook van toepassing is op de bestendige deputatie en de minister, wanneer deze uitspraak doen over het beroep tegen een beslissing inzake de aanvraag van een bouwvergunning; dat uit de genoemde wets- en verordeningsbepalingen echter niet volgt dat het college van burgemeester en schepenen, de bestendige deputatie of de minister gelijk welke "toevoeging" aan voorwaarden moeten onderwerpen of moeten verbieden; dat door te oordelen, in tegenstelling tot het college van burgemeester en schepenen in diens besluit van 27 april 1992, dat de wintertuin te dezen vergund kan worden, en door aldus aan te nemen dat esthetische redenen zich te dezen niet tegen een gedeeltelijke regularisatie

verzetten en dat ook geen toepassing gemaakt moet worden van de mogelijkheid geboden door artikel 29 van de genoemde verordening, de minister zich niet op ongeoorloofde wijze in de plaats stelt van het college van burgemeester en schepenen en het bestreden besluit de genoemde wets- en verordeningsbepalingen niet schendt;

Overwegende tenslotte dat het bestreden besluit de beslissing tot het verlenen van een regularisatievergunning voor de wintertuin grondt op o.m. de volgende motieven:

> "Overwegende dat bewust, rond gebouw met drie bouwlagen, waarboven een eveneens ronde dakverdieping, evenwel met kleinere diameter, is opgetrokken in baksteenmetselwerk, bezet met een witte crépi; dat de ramen en relingen bestaan uit zwart gemoffeld aluminium; dat de materialen van de wintertuin (identieke zwart gemoffelde aluminiumprofielen en glas) op zichzelf aanvaardbaar zijn; dat ook de vorm van de veranda (meegaand met de ronding) en de raamindeling (refererend naar de brede raampartijen op de andere verdiepingen) zich integreren in het bestaande gebouw; dat het schrijnwerk van de links en rechts aanpalende gebouwen (zowel hoofdgebouwen, als annex - garage) insgelijks is uitgevoerd in donkerbruin tot zwart gekleurd houtwerk; dat de wintertuin, alsmede de gehele dakverdieping, is afgeschermd met planten en kleine heesters; ... dat het totaalconcept niet wordt geschaad door de wintertuin ...; dat de wintertuin de goede aanleg van de plaats niet in het gedrang brengt";

dat de minister aldus de met de plaatselijke aanleg of ruimtelijke ordening verband houdende redenen opgeeft waarop hij zijn beslissing steunt; dat die redenen de beslissing kunnen dragen; dat de beslissing derhalve regelmatig gemotiveerd is;

Overwegende dat het middel, in zoverre het ontvankelijk is, niet kan worden aangenomen;

B E S L U I T :

<u>Artikel 1</u>.

Het beroep wordt verworpen.

<u>Artikel 2</u>.

De kosten van het beroep, bepaald op 99,16 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 74,37 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achtentwintig juni 2006, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. BOVIN,	staatsraad,
	C. ADAMS,	staatsraad,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

A. TRUYENS. **P. LEMMENS.**