RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 182.095 van 15 april 2008
in de zaak A. 157.797/X-12.139.

In zake : Beatrice VANAUDENHOVE,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. DE GREEF,
kantoor houdende te 1731 ZELLIK,
Noorderlaan 30

tegen :

de deputatie van de provincieraad van VLAAMS-BRABANT,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. van DIEVOET,
kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
Boomstraat 14, bus 3.

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

Gezien het verzoekschrift dat Beatrice VANAUDENHOVE op 25 november 2004 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 23 september 2004 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Vlaams-Brabant waarbij haar beroep tegen de beslissing van 21 oktober 2003 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Herne houdende weigering van de vergunning voor de regularisatie van een verbouwde en uitgebreide woning op een perceel gelegen te Herne, Ekkelenbergstraat 3, kadastraal bekend sectie I, nr. 118/k, niet wordt ingewilligd;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd F. DE BUEL;

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

Gelet op de beschikking van 6 februari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 22 februari 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter R. STEVENS;

Gehoord de opmerkingen van advocaat W. BAERT, die loco advocaat D. DE GREEF verschijnt voor de verzoekster, en van advocaat M. van DIEVOET, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het advies van eerste auditeur-afdelingshoofd F. DE BUEL;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. <u>Feiten</u>.

1.1. Op 12 juli 1969 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Herne aan Rochus Gierts-Lebotte de vergunning voor het bouwen van een woning aan de Ekkelenbergstraat, kadastraal bekend sectie I, nr. 118/g.

Die vergunning bevat de volgende voorwaarde: “voor zover het hier de vervanging betreft van een bestaande krotwoning, die wordt afgebroken dadelijk nadat de bewoners de nieuwe woongelegenheid betrokken hebben, zodat op dit achteringelegen perceel geen 2 woongelegenheden gelijktijdig zouden dienst doen”.

Blijkens een, op 16 november 1987 verleden, notariële akte wordt verzoekster eigenares van “Een woonhuis met stapelplaats en tuin, gestaan en gelegen aan de Ekkelenberg, nummer 4, gekadastreerd volgens huidig kadaster Wijk I nummer 118/K voor een oppervlakte volgens zelfde kadaster van twaalf aren vijftig centiaren (12a 50ca)”.

1.2. Het voormeld perceel is, blijkens het bij koninklijk besluit van 7 maart 1977 vastgesteld gewestplan Halle-Vilvoorde-Asse, gelegen in een agrarisch gebied.

1.3. Op 30 januari 2003 wordt lastens de verzoekster proces-verbaal opgesteld wegens bouwovertreding, meer bepaald voor het wederrechterlijk oprichten, op voormeld kadastraal perceel, van een garage (11m op 18 m diep), ingeplant op +/- 11 m van de voorliggende weg.

Op 14 juli 2003 (datum van het ontvangstbewijs) vraagt de verzoekster aan het college van burgemeester en schepenen de stedenbouwkundige vergunning voor "regularisatie woning, garage, tuinhuis en veranda", op dat perceel.

Blijkens de bij die aanvraag horende plannen wordt de regularisatie beoogd van een deels aan de woning aangebouwde veranda, van een daarbij achteraan aansluitende garage en van een tuinberging. Tevens wordt de afbraak voorzien van de garage.

In de bij die aanvraag horende beschrijvende nota wordt, onder meer, het volgende gesteld:

> "Betreffend eigendom maakte voorheen deel uit van een perceel grond dat tesamen met de percelen gekadastreerd 118n en 115k, een geheel vormde dat aan een eigenaar toebehoorde, dhr. Gierts Rochus. Op naam van dhr. Gierts Rochus werd in 1969 een bouwvergunning bekomen (kenmerk : 113/AB/409) voor het bouwen van een nieuwe woning op voorwaarde dat de woning, nu gelegen op het perceel nr. 118n zou afgebroken worden. De afbraakwerken aan de andere woning werden niet uitgevoerd. (...) Daarenboven werd het perceel nu gekad(a)streerd 118n waarop zich de af te breken woning bevindt, destijds verkocht aan een derde door dhr. Gierts".

1.4. Onder de rubriek "Historiek" stelt de gemachtigde ambtenaar in zijn ongunstig advies van 15 oktober 2003 dat "Er (...) een proces-verbaal (werd) opgesteld op 30/01/2003 door mijn dienst. De woning werd destijds vergund met als voorwaarde de achtergelegen woning te slopen. Dit werd echter nooit doorgevoerd".

In zijn "Beoordeling van de goede ruimtelijke ordening" stelt de gemachtigde ambtenaar dat "Het voorgelegd ontwerp (niet voldoet) aan de uitzonderingsbepalingen van artikel 145 bis van het decreet daar het ontwerp aanleiding geeft tot het creëren van bijkomende woningen in agrarisch gebied en dat de woning niet kan aanschouwd worden als een bestaand vergund gebouw. Het voorgelegd ontwerp brengt de goede ruimtelijke ordening van het gebied in het gedrang".

1.5. Het college van burgemeester en schepenen weigert op 21 oktober 2003 de gevraagde regularisatievergunning.

1.6. In haar beroep bij de bestendige deputatie stelt de verzoekster, onder meer, dat "De gemachtigde ambtenaar (...) er zonder enige concrete motivering volledig ten onrechte van uit (gaat) dat de woning niet kan aanschouwd worden als een bestaand vergund gebouw (...)" en dat "de woning van verzoekster

(op de loods en de aanbouwen na) wel degelijk vergund is, (hetgeen) (...) trouwens (blijkt) uit:
- brief van gemeente Herne aan notaris Van Den Haute dd 06/01/2003 (...)
- proces-verbaal betreffende de bouwovertreding dd 30/02/2003 waarbij enkel wat de garage betreft (en niet de woning zelf) een bouwovertreding werd vastgesteld (...)".

1.7. Op 23 september 2004 wordt de thans bestreden beslissing genomen.

2. Beoordeling

2.1. Het eerste middel

2.1.1. Standpunten van de partijen

2.1.1.1. Het eerste middel is

> "afgeleid uit de schending van de artikelen 145bis § 1 van het decreet houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening dd 18/05/1999, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29/07/1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur;
> Doordat
> de Bestendige Deputatie er ten onrechte van uitgaat dat de uitzonderingsregeling volgens artikel 145bis DRO niet toepasselijk is, aangezien niet aan de essentiële voorwaarde wordt voldaan dat het gebouw vergund is of geacht wordt vergund te zijn;
> En doordat
> de Bestendige Deputatie er ten onrechte van uitgaat dat de aanvraag de regularisatie betreft van een woning zodat een bijkomende woning in agrarisch gebied zou worden gecreëerd;
> Terwijl
> er voor de bouw van de woning van verzoekster een bouwvergunning werd verleend door het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Herne op 16/07/1969;
> En terwijl
> de aanvraag enkel de regularisatie beoogt van de zonder voorafgaande vergunning bijgebouwde veranda en tuinhuis samen met de afbraak van de bijgebouwde garage;
> Zodat
> de hogere aangehaalde wetsbepalingen en de beginselen van behoorlijk bestuur werden geschonden.
> TOELICHTING
> 1. De gemachtigde ambtenaar en de Bestendige Deputatie gaan er zonder enige concrete motivering volledig ten onrechte van uit dat de woning niet kan

aanschouwd worden als een bestaand vergund gebouw, zodat niet voldaan zou zijn aan art. 145bis DRO.

2. In casu werd op 12/07/1969 aan de echtlieden GIERTS-LEBOTTE wel degelijk een bouwvergunning afgeleverd (...).

Deze vergunning bepaalde inderdaad dat een bestaande krotwoning moest afgebroken worden dadelijk nadat de bewoners de nieuwe woongelegenheid hadden betrokken.

Dit betekent noodzakelijkerwijze dat de afbraak van de bestaande krotwoning kon uitgevoerd worden na realisatie van de nieuwe woning.

De afbraak van de bestaande krotwoning is dus geenszins een opschortende voorwaarde voor de geldigheid van de bouwvergunning.

3. Verzoekster kocht op 16/11/1987 een vergunde woning.

Op een reeds vóór 16/11/1987 afgesplitst perceel staat nog een andere woning die door de vorige eigenaars GIERTS-LEBOTTE niet werd afgebroken.

Sterker nog, dit ander perceel, inclusief gebouw dat moest afgebroken worden, werd door de vorige eigenaars GIERTS-LEBOTTE verkocht aan DOLENS-DE VELEER.

4. Verzoekster was nooit in de mogelijkheid de andere woning af te breken omdat zij er nooit eigenares van is geweest!

5. Verzoekster werd nooit ingelicht betreffende deze situatie noch door de verkopers van wie zij de woning kocht, noch door de in(s)trumenterende notaris in 1987, noch door de bevoegde overheden!

Het is pas wanneer zij in 2002 haar woning wil verkopen dat zij ingelicht wordt omtrent de situatie en dat proces-verbaal wordt opgesteld (en dan nog enkel voor de garage).

6. De woning van verzoekster is wel degelijk vergund en destijds hadden de desbetreffende diensten van Ruimtelijke Ordening, zowel de gemeente als de gemachtigde ambtenaar, erop moeten toezien dat de voorwaarde die ze zelf gesteld hadden, werd nageleefd.

Ook thans moet de gemachtigde ambtenaar zijn verantwoordelijkheid opnemen door de voorwaarde die hij zelf gesteld heeft in de bouwvergunning van 12/07/1969 en waar verzoekster nooit vat op heeft gehad, uit te laten voeren.

7. De houding die de gemachtigde ambtenaar thans inneemt en die gevolgd wordt door de Bestendige Deputatie, is strijdig met de beginselen van behoorlijk bestuur, nu tussen 1969 en 2002, hetzij gedurende 33 jaar, deze situatie gedoogd werd.

8. Dat de woning van verzoekster (op de loods en de aanbouwen na) wel degelijk vergund is, blijkt trouwens ook uit:

- brief van gemeente Herne aan notaris Van Den Haute dd 06/01/2003 (...)
- proces-verbaal betreffende bouwovertreding dd 30/02/2003 waarbij enkel wat de garage betreft (en niet de woning zelf) een bouw-overtreding werd vastgesteld (...).

9. Aangezien de woning derhalve vergund is, komt ze derhalve wel in aanmerking voor regularisatie wat een gedeelte van de bijgebouwen betreft overeenkomstig artikel 145bis DRO.

Dienvolgens kan toepassing worden gemaakt van §1, /6 van dit artikel. De woonst is hoofdzakelijk vergund ook wat de bestemming betreft, het bouwvolume overschrijdt de 850 m³ nuttige ruimte niet (slechts 611.499 m³) en het totaal volume overschrijdt de 1.000 m³ niet.

10. Door de bestaande regularisatie-aanvraag in te willigen, worden dus geenszins bijkomende woningen gecreëerd in agrarisch gebied zoals ten onrechte wordt gesteld in het advies van de gemachtigde ambtenaar.

Verzoekster heeft enkel de regularisatie gevraagd van een gedeelte van de bijgebouwen, niet van de woning zelf dewelke immers vergund is".

2.1.1.2. De verwerende partij repliceert in haar memorie van antwoord :

"In het eerste middel argumenteert de verzoekende partij dat haar aanvraag tot regularisatie wel degelijk van de uitzonderingsregeling zou kunnen genieten aangezien haar woning als een bestaand vergund gebouw dient te worden aanzien.

Het standpunt van de verzoekende partij kan niet begrepen worden.

De aanvraag van de verzoekende partij beoogt de regularisatie van de verbouwing en de uitbreiding van haar woning. De verzoekende partij betwist niet dat het kwestieuze perceel gelegen is in agrarisch gebied volgens het gewestplan HALLE-VILVOORDE-ASSE, alwaar de verbouwing en uitbreiding van een woning met louter residentieel karakter niet beantwoord aan het bestemmingsvoorschrift en bijgevolg niet vergund kan worden, behalve indien er een rechtsgrond voor een afwijking van de gewestplanvoorschriften of een uitzondering op de toepassing van de gewestplanvoorschriften voorhanden is. Deze uitzondering wordt door de verzoekende partij gezocht in artikel 145bis van het Decreet Ruimtelijke Ordening.

De bestreden beslissing heeft op correcte wijze geconcludeerd dat de aanvraag van de verzoekende partij echter niet voldoet aan de voorwaarden die door de in het middel vermelde artikel gesteld wordt:

Bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning kan de overheid in bepaalde gevallen rechtstreeks afwijken van de voorschriften van het gewestplan. Uitzonderingen zijn restrictief te interpreteren. De regeling is vastgelegd in artikel 145bis van het Ruimtelijke Ordeningsdecreet. Dit artikel bepaalt dat:

(...)

Een eerste vereiste voor de toepassing van de uitzonderingen en afwijkingen is dat de constructie nog moet bestaan. Uit de gegevens van het dossier blijkt dat aan deze voorwaarde is voldaan.

Als tweede algemene regel geldt dat al de geciteerde uitzonderingen en afwijkingen alleen kunnen worden gevraagd in zoverre zij betrekking hebben op een gebouw dat hoofdzakelijk vergund is, ook wat de functie betreft (artikel 145bis, §1, lid 3 van het Ruimtelijke Ordeningsdecreet). In het administratief dossier kan de verwerende partij vaststellen dat voor de woning van de verzoekende partij in 1969 een voorwaardelijke vergunning werd verleend. In het advies van de gemachtigde ambtenaar kon de woning van de verzoekende partij vergund worden 'voor zover het de vervanging betreft van een bestaande krotwoning, die wordt afgebroken dadelijk nadat de bewoners de nieuwe woongelegenheid betrokken hebben, zodat op dit achteringelegen perceel geen twee woongelegenheden gelijktijdig zouden dienst doen'.

Vermits aan deze voorwaarde geen gevolg werd gegeven door de aanvragers, maar integendeel deze bestaande 'krotwoning' werd opgeknapt en doorverkocht aan het echtpaar DOLENS-DE VELEER, heeft de verwerende partij op correcte wijze kunnen concluderen dat de woning van de verzoekende partij als onvergund dient te worden aanzien.

De verzoekende partij kan bijgevolg niet nuttig beroep doen op artikel 145bis van het Ruimtelijke Ordeningsdecreet voor de verbouwing en uitbreiding van haar woning.

Het eerste middel is ongegrond".

2.1.1.3. De partijen brengen noch in de memorie van wederantwoord, noch in de laatste memories, nog nieuwe argumenten aan.

2.1.2. **<u>Bespreking</u>**

De regularisatieaanvraag van de verzoekster kon, op grond van artikel 145bis, § 1, derde lid, b, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, slechts worden ingewilligd voor zover ze betrekking heeft op een woning welke "hoofdzakelijk vergund of wordt geacht vergund te zijn, ook wat de functie betreft".

De verwerende partij wijst er terecht op dat aan deze voorwaarde niet is voldaan.

De sub 1.1 bedoelde bouwvergunning bepaalde immers dat ze slechts werd verleend, op voorwaarde van de afbraak van de bedoelde bestaande krotwoning.

Het wordt niet betwist dat die voorwaarde niet werd gerealiseerd.

Dat die voorwaarde niet als een "opschortende voorwaarde" werd omschreven doet hieraan niets af. De stelling van de verzoekster komt erop neer dat de voorwaarde van de afbraak van de krotwoning totaal zinledig zou zijn en niet geschreven zou moeten worden geacht.

Ook het feit dat de verzoekster niet verantwoordelijk is voor het niet vervullen van de voorwaarde, het gegeven dat zij bij de aankoop van haar perceel niet op de hoogte werd gesteld van de inhoud van die bouwvergunning, en het stilzitten van de gemeente en het Gewest, hebben niet tot gevolg dat wat niet vergund is, wel als vergund zou moeten worden beschouwd.

De verwerende partij heeft de desbetreffende decreetbepalingen dus correct toegepast.

Het middel is niet gegrond.

2.2. <u>Het tweede middel</u>

2.2.1. De verzoekster werpt nog een tweede middel op. Dit is

> "afgeleid uit de schending van het vertrouwens- en gelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur;
> Doordat
> de Bestendige Deputatie van oordeel is dat het niet vergund zijn van de woning het gevolg is van het feit dat er geen gevolg werd gegeven aan de formele voorwaarde in het vergunningsbesluit van 16/07/1969 om de bestaande krotwoning naast de nieuwbouw af te breken onmiddellijk na de ingebruikneming van de nieuwe woning;
> Terwijl

de stedenbouwkundige overheden gedurende 33 jaar nagelaten hebben enige maatregel te nemen om er op toe te zien dat deze voorwaarde (afbraak van de bestaande krotwoning) werd nageleefd;

En terwijl

de administratieve praktijk sedert 1984 nooit de voorwaarde van het 'vergund' zijn stelde voor de regularisatie van wederrechtelijke zonevreemde handelingen en werken;

Zodat

de hogere algemene beginselen van behoorlijk bestuur werden geschonden.

TOELICHTING

1. Verzoekster die de woning kocht op 16/11/1987 in de staat waarin deze zich thans bevindt (met stapelplaats!) is nooit in de mogelijkheid geweest om de 'krotwoning' af te breken, zoals gesteld als voorwaarde in de bouwvergunning van 16/07/1969.

Op dat ogenblik behoort deze eigendom immers reeds toe aan haar buren, de echtlieden DOLENS-DE VELEER, zoals blijkt uit haar eigendomstitel van 16/11/1987.

De gemeente en de gemachtigde ambtenaar hadden hiertoe wel de nodige maatregelen kunnen nemen en kunnen dit nog steeds, doch doen niets.

Op het kadaster werd het oorspronkelijke perceel sektie I nummer 118/g, Ekkelenberg (...), reeds minstens in 1987 opgesplitst in de percelen 118/k (woning verzoekster) en 118/n (woning DOLENS-VELEER).

De gemeente Herne gaat er op 06/01/2003 nog van uit dat de woning zelf vergund is, de loods aanpalend aan de woning niet (...).

2. Sedert de invoering van het mini-Decreet in 1984 heeft de administratieve praktijk zich nooit gestoord aan de academische kwestie van het 'vergund' zijn van het bouwwerk en is deze voorwaarde nooit een belemmering geweest voor de afgifte van zonevreemde regularisatievergunningen".

2.2.2. Gelet op hetgeen hierboven geoordeeld werd, rijst de vraag of dit middel tot vernietiging kan leiden.

In het auditoraatsverslag werd dit middel niet onderzocht, vermits in dat verslag het eerste middel gegrond werd bevonden.

Artikel 24, derde lid, van de Raad van State-wet, zoals gewijzigd bij de wet van 15 september 2006, bepaalt :

"Indien na toepassing van het tweede lid blijkt dat de conclusies van het verslag geen oplossing van het geschil bieden, kan de kamer in het arrest het Auditoraat gelasten, naar gelang het geval, met het onderzoek van één of meerdere welbepaalde middelen of excepties, of met het verder onderzoek van het beroep dan wel met een onderzoeksmaatregel die zij in het arrest vaststelt".

Ten deze is het proceseconomisch niet gepast het bevoegde lid van het Auditoraat te belasten met het opstellen van een aanvullend verslag.

Wel dienen de debatten te worden heropend om de partijen en het bevoegde lid van het Auditoraat toe te laten zich uit te spreken over het tweede middel, rekening houdend met hetgeen hierboven werd gewezen omtrent het eerste middel.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

De debatten worden heropend.

Artikel 2.

Aan de partijen wordt een éénmalige niet verlengbare termijn van dertig dagen verleend om aan de griffie een aanvullende memorie toe te sturen.

Artikel 3.

De zaak wordt opnieuw opgeroepen op de openbare terechtzitting van 30 mei 2008 om 9.30 uur.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftien april 2008, door de Xe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	R. STEVENS,	kamervoorzitter,
	J. BOVIN,	staatsraad,
	P. LEFRANC,	staatsraad,
Mevr.	T. TEMMERMAN,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

T. TEMMERMAN. **R. STEVENS.**