

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 188.177 van 24 november 2008
in de zaak A. 120.701/X-10.937.**

In zake : Marc DE POORTERE,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat D. LINDEMANS,
 kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
 Keizerslaan 3

tegen :

het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat V. TOLLENAERE,
kantoor houdende te 9000 GENT,
Koning Albertlaan 128.

D E R A A D V A N S T A T E, X e K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat Marc DE POORTERE op 6 mei 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van, enerzijds, het besluit van 25 februari 2002 van de Vlaamse minister van Financiën en Begroting, Innovatie, Media en Ruimtelijke Ordening houdende verwerping van zijn beroep tegen het besluit van 25 maart 1999 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen waarbij de vergunning wordt geweigerd voor de regularisatie van het wijzigen en uitbreiden van een parkeerruimte te Gent (Oostakker), Gentstraat 337, op percelen kadastraal bekend sectie D, nrs. 91/m/3 en 91/n/3, en anderzijds, het besluit van 11 oktober 2000 van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur houdende weigering van vergelijk voor “de wederrechtelijke aanleg van een parking” te Gent (Oostakker), Gentstraat 337, op dezelfde voormelde percelen;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur T. DE WAELE;

Gelet op de beschikking van 27 juli 2005 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 verzoeker;

Gelet op de beschikking van 19 september 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 oktober 2008;

Gehoord het verslag van staatsraad S. DE TAEYE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat F. DE PRETER, die loco advocaat D. LINDEMANS verschijnt voor de verzoeker, en van advocaat W. LAMMENS, die loco advocaat V. TOLLENAERE verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur T. DE WAELE;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. De feiten

1.1. De verzoeker is eigenaar van onroerende goederen, gelegen aan de Kleemstraat/Gentstraat 337 te Oostakker-Gent, kadastraal bekend sectie D, nrs. 91/m/3, en 91/n/3. Hij oefent er zijn beroep als bedrijfsrevisor uit, samen met zijn echtgenote die accountant is.

1.2. De voormelde percelen zijn volgens de bestemmingsvoorschriften van het bij koninklijk besluit van 14 september 1977 vastgestelde gewestplan Gentse en Kanaalzone gelegen in woongebied. Tevens zijn ter plaatse de voorschriften van een bijzonder plan van aanleg "Holstraat", goedgekeurd bij ministerieel besluit van 15 december 1989, van kracht.

1.3. In de loop van het jaar 1990 gaat de verzoeker zonder bouwvergunning over tot de heraanleg van de parkeerruimte bij de gebouwen. Deze parking is volgens de voorschriften van het reeds genoemde bijzonder plan van

aanleg (hierna: BPA) gelegen in een zone voor koeren en hovingen en in een zone voor tuinstroken met bouwverbod.

1.4. Ingevolge een aanmaning door de stad Gent, dient de verzoeker in oktober 1998 een bouwaanvraag in, strekkende tot de regularisatie van de voormelde werken.

Uit het ingediende dossier blijkt dat de parking werd uitgevoerd in betonklinkers.

1.5. Met een besluit van 10 december 1998 weigert het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent de gevraagde vergunning, wegens strijdigheid met de voorschriften van het BPA.

1.6. De toenmalige raadsman van de verzoeker tekent tegen deze beslissing administratief beroep aan. Bij besluit van 25 maart 1999 weigert ook de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen de vergunning omwille van de onverenigbaarheid met het BPA, en gezien de wettelijke onmogelijkheid om bij wege van afwijking een vergunning te verlenen.

1.7. Ook tegen de voormelde beslissing tekent de toenmalige raadsman van de verzoeker administratief beroep aan, bij de bevoegde Vlaamse minister.

Op 6 oktober 1999 vindt op de diensten van de administratie van de minister een hoorzitting plaats.

1.8. Op 11 oktober 2000 neemt en notificeert de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur een besluit houdende weigering van vergelijk.

Het betreft het tweede bestreden besluit.

1.9. Met een besluit van 25 februari 2002 verwerpt de Vlaamse minister van Financiën en Begroting, Innovatie, Media en Ruimtelijke Ordening het ingestelde beroep.

De vergunning wordt geweigerd om de volgende motieven :

“Overwegende dat de aanvraag het wijzigen en uitbreiden van een parkeerruimte betreft; dat de parking, aangelegd met betonklinkers voor 24 wagens, gesitueerd is tussen een kantoorgebouw, een woning, de Kleemstraat en de Gentstraat; dat de parking via deze twee straten wordt ontsloten; dat de grond achter de woning wordt aangelegd als tuin, bestaande bomen worden behouden; dat telkens tussen de aanpalende straten en gebouwen een groenscherm wordt voorzien;

Overwegende dat de grond volgens het gewestplan Gentse en Kanaalzone, vastgesteld bij koninklijk besluit van 14 september 1977, gelegen is in een woongebied; dat overeenkomstig artikel 5 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen de woongebieden bestemd zijn voor wonen, alsmede voor handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf voor zover deze taken van bedrijf om redenen van goede ruimtelijke ordening niet in een daartoe aangewezen gebied moeten worden afgezonderd, voor groene ruimten, voor sociaal-culturele inrichtingen, voor openbare nutsvoorzieningen, voor toeristische voorzieningen, voor agrarische bedrijven; dat deze bedrijven, voorzieningen en inrichtingen echter maar mogen worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving;

Overwegende dat betreffende grond eveneens gesitueerd is binnen de grenzen van het op 15 december 1989 bij ministerieel besluit goedgekeurd bijzonder plan van aanleg 'Holstraat' nr. 0-54; dat de betreffende parking gelegen is in een zone voor koeren en tuinen, een zone voor tuinstroken met bouwverbod, een zone voor half-open bebouwing, een zone voor gesloten bebouwing; dat luidens de stedenbouwkundige voorschriften van dit bijzonder plan van aanleg in de zone voor koeren en tuinen een eenlagige constructie met een oppervlakte van maximum 20 % van de perceelsoppervlakte tot een maximum van 40 m² mag worden opgericht; dat wat betreft de zone voor tuinstroken met bouwverbod het bouwverbod evident is; dat de zone voor half-open bebouwing bestemd is voor het wonen en voor handel en diensten; dat voor de zone voor gesloten bebouwing eveneens wonen, handel en diensten voorzien zijn;

Overwegende dat de aanvraag wat betreft het deel van de parking, gelegen in de zone voor koeren en hovingen, in de zone voor tuinstroken met bouwverbod strijdt met de vigerende bepalingen van het bijzonder plan van aanleg, hier voorzien de voorschriften immers geen mogelijkheid tot oprichting van parkings; dat de stelling van beroeper dat gegroepeerde autobergplaatsen daar eveneens tot de hoofdbestemming behoren geen enkele rechtskracht vind in de voornoemde vigerende bepalingen;

Overwegende dat indien wijzigingen worden aangevraagd van constructies, opgericht vóór de oprichting van een bijzonder plan van aanleg, deze eveneens dienen overeen te stemmen aan de vigerende bepalingen van het bijzonder plan van aanleg; dat het feit dat reeds verharding bestond zomaar niet kan aangegrepen worden om heden een vergunning voor een heraanleg te kunnen claimen, immers wordt geenszins aangetoond dat de bestaande parking daar vergund of, indien aangelegd voor het invoegetreden van de stedenbouwwetgeving, als vergund te beschouwen is; dat de heraanleg met een betere inkleding in het groen op zich wel een verbetering van de huidige toestand impliceert, doch geenszins resulteert of zelfs maar tegemoet komt aan de bestemmingsvoorschriften;

Overwegende dat een goedgekeurd bijzonder plan van aanleg waaraan de overheid haar uitdrukkelijke goedkeuring heeft gehecht een verordenend karakter heeft en bindend blijft zowel voor de vergunningverlenende instantie als voor de aanvrager die binnen dit bijzonder plan van aanleg wenst te bouwen of te verbouwen;

Overwegende dat de gemachtigde ambtenaar of de Vlaamse regering, luidens artikel 49 van het decreet, op een met redenen omkleed voorstel van het college van burgemeester en schepenen afwijkingen van een goedgekeurd bijzonder plan van aanleg kunnen toestaan wat de perceelsafmetingen, de afmetingen en de plaatsing van de bouwwerken, alsmede de voorschriften in verband met hun uiterlijk betreft;

Overwegende dat een afwijking van de voorschriften van een bijzonder plan van aanleg in hoger beroep enkel kan worden toegestaan op een met reden

omkleed voorstel van het college van burgemeester en schepenen; dat de aanleg van een grotendeels zonevreemde constructie, in casu een parking, evenwel niet begrepen is in de voornoemde restrictieve lijst; dat het college van burgemeester en schepenen in haar zitting van 10 oktober 1998 bovendien de vergunning rechtstreeks heeft geweigerd; dat dus alleen al bij gebrek aan een afwijkingsvoorstel in toepassing van artikel 49, ook door de minister geen vergunning kan verleend worden;

Overwegende dat al deze redenen het onmogelijk maken in te stemmen met een eventueel vergelijk te treffen overeenkomstig artikel 158 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, en later gewijzigd; dat een vergelijk op dezelfde gronden trouwens bij beslissing d.d. 10 oktober 2000 van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur werd geweigerd; dat een regularisatievergunning slechts kan worden verleend na de opstelling van het certificaat, bedoeld in artikel 158, §2; dat vermits hier geen vergelijk mogelijk is, er ook geen certificaat kan worden opgesteld; dat bijgevolg niet voldaan is aan een verplichte, voorafgaandelijk te vervullen voorwaarde; dat er om deze reden geen wettelijke mogelijkheid blijft tot het verlenen van de vergunning; dat het beroep van de particulier dient te worden verworpen”.

Dit is het eerste bestreden besluit.

2. De ontvankelijkheid van het beroep in zoverre gericht tegen het tweede bestreden besluit

2.1. De aangevoerde exceptie

De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord de volgende exceptie van onontvankelijkheid van het beroep op, in zoverre gericht tegen het tweede bestreden besluit :

“Voorafgaand wenst de verwerende partij op te merken dat (...) de bespreking van de ontvankelijkheid en de gegrondheid van het annulatieberoep uitgaat van de bepalingen in de artikelen 158 en 159 DORO zoals die golden op het ogenblik dat het tweede bestreden besluit van 11 oktober 2000 werd genomen.

Deze bepalingen werden nadien bij decreet van 8 maart 2002 houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, gewijzigd.

De verwerende partij moet vaststellen dat de verzoekende partij zonder meer voorbijgaat aan de vraag of het voorliggende annulatieberoep tegen de beslissing tot weigering van vergelijk wel ontvankelijk is.

Met het arrest nr. (...) oordeelde de Raad van State dat een vordering tot schorsing, en derhalve een beroep tot vernietiging tegen een beslissing tot weigering van vergelijk onontvankelijk is. De Raad van State acht zich onbevoegd. Derhalve is het annulatieberoep in zoverre gericht tegen het tweede bestreden besluit onontvankelijk”.

2.2. Beoordeling

Uit artikel 158, § 1, laatste lid DRO (thans : artikel 158, laatste lid DRO) volgt dat, bij gebreke aan definitief geworden vergelijk, de overtreder in beginsel blootgesteld blijft aan strafrechtelijke vervolging voor de wederrechtelijk uitgevoerde werken of verrichte of voortgezette handelingen of wijzigingen en de overheid bevoegd blijft hieromtrent één van de in artikel 149, § 1 DRO bepaalde herstelmaatregelen te vorderen voor de bevoegde rechter van de rechterlijke orde. Hieruit volgt dat de weigering tot het verlenen van het vergelijk, op welk tijdstip dit ook plaatsvindt, hoe dan ook betrekking heeft op de uitoefening van de publieke vordering en op de vervolging van het herstel van het bouwmisdrijf en dus behoort tot de gerechtelijke procedure, zodat alleen de rechter van de rechterlijke orde bevoegd is om kennis te nemen van betwistingen daaromtrent. De rechtsmacht van deze rechter sluit die van de Raad van State uit. De omstandigheid dat op het ogenblik van het nemen van de thans bestreden besluiten, de beslissing inzake het vergelijk een noodzakelijke - doch niet voldoende - voorwaarde was in een administratiefrechtelijke procedure tot het verkrijgen van een regularisatievergunning, volstaat niet om de Raad van State bevoegd te maken kennis te nemen van betwistingen omtrent deze weigering van vergelijk. De argumenten van de verzoeker vermogen aan deze vaststelling geen afbreuk te doen. Het komt de Raad van State niet toe van het beroep tot nietigverklaring van de weigering van vergelijk kennis te nemen.

De exceptie van de verwerende partij ten aanzien van het tweede bestreden besluit is gegrond.

3. De gegrondheid van het beroep in zoverre gericht tegen het eerste bestreden besluit

3.1. De aangevoerde middelen

De verzoeker voert de volgende twee middelen aan :

“a. Eerste middel

Genomen uit, de schending van artikel 53 van het Stedenbouwdecreet, gecoördineerd op 22 oktober 1996, en uit de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het beginsel van de redelijke termijn.

Doordat, de bestreden beslissing werd genomen, bijna 2 jaar en 10 maanden na het indienen van het beroep, en 2 jaar en 5 maanden na de hoorzitting, en dit eventueel mede op grond van een bepaling die in de periode tussen de hoorzitting en de uiteindelijke beslissing van toepassing is geworden.

Terwijl, elke beslissing dient te worden genomen binnen een redelijke termijn; een overtreding van de redelijke termijn moet leiden tot de onwettigheid van de beslissing indien hierdoor de rechten van de verzoekende partij worden geschonden; de rechten van de verzoekende partij worden geschonden waar zij werd gehoord op 10 september 1999, op een ogenblik dat het decreet van 18 mei 1999, en in het bijzonder artikel 158 van dit decreet, nog niet van toepassing was, en de beslissing wordt genomen op 25 februari 2002, met name 2 en een halfjaar later, zonder dat de verzoekende partij opnieuw werd gehoord, in het bijzonder over de eventuele toepassing van het nieuwe decreet.

TOELICHTING

In dit dossier dringt zich de vaststelling op dat de Minister bijzonder lang de tijd heeft genomen om uitspraak te doen in een dossier dat blijkens de beslissing toch niet bijzonder ingewikkeld is.

De behandelingstermijn bedroeg maar liefst 1027 dagen, waar dit volgens het decreet hoogstens 75 dagen mag zijn.

De decretale behandelingstermijn werd dus met meer dan een factor 13 overschreden.

Ten onrechte zou de verwerende partij stellen dat dit de fout is van de verzoekende partij zelf, nu deze geen rappelbrief heeft gestuurd met toepassing van artikel 53, §2 van het coördinatiedecreet van 22 oktober 1996. Het Arbitragehof heeft immers bij arrest nr. 78/2001 van 7 juni 2001, in antwoord op een prejudiciële vraag van de voorzitter van de rechtbank te Brussel, het systeem van de rappelbrieven, waarin het 137 van de Brusselse Ordonnantie voorziet, strijdig verklaard met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, indien dit systeem tot gevolg heeft dat iemand het recht verkrijgt vergunningplichtige werken uit te voeren, zonder dat deze werken werden beoordeeld door een overheid, wiens beslissingen door een rechter kunnen worden beoordeeld. De bepaling van artikel 53, §2, vijfde lid van het decreet is gelijkkluidend aan het artikel 137 van de ordonnantie en dus ook strijdig met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De verzoekende partij kan bezwaarlijk ten kwade worden geduid dat zij geen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid van artikel 53, §2, vijfde lid van het coördinatiedecreet, nu deze toepassing haar alleen in een situatie zou hebben kunnen brengen die haar nog meer rechtsonzekerheid zou hebben geboden.

De redelijke termijn werd dus overschreden, zonder dat dit de verzoekende partij ten kwade kan worden geduid.

In casu heeft de overschrijding van de redelijke termijn de rechten van de verzoekende partij geschaad.

De bestreden beslissing bevat in de consideransen het volgende:

‘Overwegende dat al deze redenen het onmogelijk maken in te stemmen met een eventueel vergelijk te treffen overeenkomstig artikel 158 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening ... dat een vergelijk op dezelfde gronden trouwens bij beslissing dd. 10 oktober 2000 van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur werd geweigerd ... dat bijgevolg niet voldaan is aan een verplichte, voorafgaandelijk te vervullen voorwaarde; dat er om deze reden geen wettelijke mogelijkheid blijft tot het verlenen van de vergunning’

Een considerans kan immers niet vermoed worden overbodig te zijn.

De beslissing blijkt dus mede gesteund te zijn op artikel 158 van het DORO.

De verzoekende partij kan enkel vaststellen dat de vergunning wordt geweigerd op grond van een bepaling die:

- 1) niet van toepassing was op het moment dat het beroep werd ingediend (het bewuste artikel trad pas in werking op 1 mei 2000);
- 2) niet van toepassing was op het moment dat de hoorzitting werd gehouden;

- 3) opgeheven werd bij decreet van 8 maart 2002, in werking getreden op 22 maart 2002, met andere woorden 14 dagen na de betekening van de bestreden beslissing.

Indien de minister van mening is dat de vergunning dient te worden geweigerd op grond van een wetgeving die niet van toepassing was op het ogenblik dat de hoorzitting werd gehouden, en die pas van toepassing werd lang nadat de wettelijke behandelingstermijn verstreek, dan vereist de hoorplicht en het beginsel van de redelijke termijn dat de aanvrager minstens de mogelijkheid krijgt om te worden gehoord over dit nieuwe element.

Dit is niet gebeurd. De minister weigert nog snel de vergunning, allicht wetend dat het wetgevend kader korte tijd nadat hij zijn beslissing neemt opnieuw zal wijzigen.

Het middel is gegrond

b. Tweede middel

Genomen uit, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet, de artikelen 16, 19, 20, 21 en 77 van de wet van 22 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw (nu de artikelen 14, 17, 18 en 19 van het coördinatiedecreet van op 22 oktober 1996 en artikel 77 van de niet in de coördinatie opgenomen bepalingen) en uit het ontbreken van de rechtens vereiste rechtsgrond;

Doordat, eerste onderdeel, waar de bestreden beslissingen beide gesteund zijn op de strijdigheid van de aanvraag met de bestemmingsvoorschriften van het B.P.A. Holstraat, goedgekeurd bij M.B. van 15 december 1989, dit B.P.A. werd goedgekeurd zonder dat het voorontwerp en het ontwerp van B.P.A. werden voorgelegd aan het advies van de bevoegde commissie van advies.

Terwijl, het voorleggen aan de bevoegde commissie van advies een substantieel vormvereiste is, waarvan de schending leidt tot de onwettigheid van het B.P.A., en de beslissingen niet wettig vermogen te steunen op een onwettig B.P.A.

En doordat, tweede onderdeel, dit B.P.A. werd goedgekeurd na een openbaar onderzoek dat niet vooraf werd aangekondigd in het Belgisch Staatsblad.

Terwijl, het aankondigen van een openbaar onderzoek in het Belgisch Staatsblad een substantieel vormvereiste is, waarvan de schending leidt tot de onwettigheid van het B.P.A., en de beslissingen niet wettig vermogen te steunen op een onwettig B.P.A.

En doordat, derde onderdeel, dit B.P.A. werd goedgekeurd op grond van een plan met de bestaande toestand dat de bestaande toestand op de bewuste locatie niet voldoende weergeeft, waardoor de overheden die het plan opmaken en vaststellen respectievelijk goedkeuren, zijn misleid.

Terwijl, in het plan met de bestaande toestand die gegevens omtrent wat bestaat, moeten worden vermeld, welke zowel de belanghebbenden als de overheden of overheidsorganen die over het aanlegplan advies moeten verstrekken of daarover moeten beslissen, toelaten een correct inzicht te verwerven en zich een juist oordeel te vormen omtrent de voorstellen en de bedoelingen van de ontwerpers van het aanlegplan met betrekking tot de bestemming en de inrichting van elk onderdeel van het gebied beheerst door dat plan, en het bewuste plan dit niet toelaat, zodat het onwettig is, en de beslissingen niet wettig vermogen te steunen op een onwettig B.P.A.

TOELICHTING

Beide bestreden beslissingen zijn gesteund op de bestemmingsvoorschriften van het B.P.A. Holstraat, goedgekeurd bij ministerieel besluit van 15 december 1989.

De eerste beslissing minstens onrechtstreeks, doordat deze gebaseerd is op de tweede bestreden beslissing die hierop gesteund is.

Indien blijkt dat dit B.P.A. voor de bewuste locatie onwettig is, staat meteen ook vast dat de weigering van het vergelijk onwettig is, en moet worden

vernietigd. De weigering van de vergunning die is gesteund op het B.P.A. en op de weigering van het vergelijk, moet dus op haar beurt vernietigd worden.

De volgende problemen doen zich voor met betrekking tot de onwettigheid van dit plan van aanleg.

1) Gemeentelijke commissie van advies

Artikel 20 van het Stedenbouwdecreet legt aan de ontwerper op om 'de commissie van advies' op de hoogte te houden van de voorstudie. De ontwerper moet deze commissie tevens het voorontwerp- of ontwerpplan toezenden, met de mogelijkheid voor de commissie om binnen 30 dagen een advies te formuleren.

Artikel 21 bepaalt dat het ontwerp-plan samen met de bezwaren, de opmerkingen en het proces-verbaal van sluiting van het openbaar onderzoek voorgelegd wordt aan de bevoegde commissie van advies, die haar advies geeft binnen zestig dagen na ontvangst van het dossier.

Artikel 19 bepaalde op het ogenblik dat het B.P.A. werd opgemaakt het volgende:

'Art. 19. De Koning stelt voor elk van de agglomeraties Brussel, Antwerpen, Luik, Gent en Charleroi, met omschrijving van hun gebied, voor elke vereniging van gemeenten opgericht krachtens artikel 14, vierde lid, en voor elke gemeente met 10.000 inwoners en meer, die niet in de gezegde agglomeraties of verenigingen is begrepen, een Commissie van advies in, die benevens de voorzitter, ten minste 10 en ten hoogste 20 leden telt, gekozen uit personen die tot de openbare en de private sector behoren. Iedere commissie kan zich in secties splitsen; zij kan met goedkeuring van de Koning een deel van haar bevoegdheid aan deze secties overdragen.

De Koning benoemt de voorzitter en de leden van die commissies op een dubbele lijst van kandidaten, voorgedragen door de in artikel 7 bedoelde Regionale Commissie van advies. In iedere Commissie heeft een door de Minister aangewezen ambtenaar van het Bestuur van de Stedenbouw en de Ruimtelijke Ordening zitting met adviserende stem.

De Minister stelt voor de Commissies één enkel reglement van orde vast. Voor de gemeenten die niet onder het eerste lid van dit artikel vallen, oefent de Regionale Commissie van advies de taak uit die door deze wet wordt opgedragen aan de Commissie van advies. Hetzelfde geldt voor de in het eerste lid bedoelde gemeenten zolang hiervoor geen Commissie van advies is ingesteld'.

Dit artikel treedt, voor zover het betrekking heeft op de Commissie van Advies, luidens artikel 77 van de Wet, in werking 'naarmate de koninklijke besluiten houdende benoeming van de leden van die commissies in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt;'

Totdat de Commissie van Advies is ingesteld, vervult de Regionale Commissie van Advies de functie van de Commissie van Advies.

Welnu, het bewuste B.P.A. werd nooit onderworpen aan het advies van de Regionale Commissie van Advies, noch aan het advies van de Commissie van Advies.

Deze commissie van advies voor de agglomeratie Gent werd nochtans ingesteld bij koninklijk besluit van 4 september 1967. Haar leden werden benoemd werden bij koninklijk besluit van 17 juli 1970, verschenen in het Belgisch Staatsblad van 19 augustus 1970.

Het B.P.A. diende dus, zowel als voorontwerp, als ontwerp en als door de gemeenteraad goedgekeurd plan te worden onderworpen aan het advies van die commissie.

Dit is niet gebeurd.

Deze commissie zou naar verluid niet meer samen komen sinds het midden van de jaren '70, maar dit is geen excuus om de wettelijke bepaling ter zijde te schuiven.

De verplichting om het B.P.A. te onderwerpen aan het advies van de Commissie van Advies vormt een substantieel vormvereiste:

‘Overwegende dat uit de redactie van artikel 21, vijfde lid, van de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw, blijkt dat het advies van de bevoegde Commissie van Advies verplicht moet worden ingewonnen; dat het raadplegen van die commissie derhalve een substantiële vormvereiste is in de totstandkoming van een gemeentelijk plan van aanleg; dat het feit dat die commissie binnen de zestig dagen advies moet uitbrengen, bij ontstentenis waarvan het advies geacht moet worden gunstig te zijn, geen andersluidende conclusie wettigt en zeker niet ontslaat van de besproken verplichting’. (...).

Dit substantieel vormvoorschrift werd door de gemeente geschonden, en dit zelfs doelbewust, nu de bestendige deputatie terecht op dit gebrek had gewezen.

Het B.P.A. is dan ook onwettig.

Dit onderdeel van het middel is derhalve gegrond.

2) Openbaar onderzoek

Uit het dossier blijkt dat het B.P.A. Holstraat aan een openbaar onderzoek werd onderworpen tussen 13 december 1988 en 12 januari 1989.

De aankondiging in het Belgisch Staatsblad gebeurde op 15 december 1988. Artikel 21, vierde en vijfde lid van de wet luidt als volgt:

‘Na voorlopige aanneming van het ontwerp-plan door de gemeenteraad, onderwerpt het schepencollege het aan een openbaar onderzoek zowel door aanplakking als door een bericht in het Belgisch Staatsblad en in drie bladen van het Rijk, waarvan één dat verschijnt in de hoofdplaats van de provincie. Vervolgens wordt het ontwerp-plan in het gemeentehuis ter inzage gelegd gedurende een termijn van dertig dagen, waarvan het begin en het einde in de aankondiging worden aangegeven’.

Uit het gebruik van het woord ‘vervolgens’ blijkt zeer duidelijk dat de aankondiging in het Belgisch Staatsblad de termijn van inzage dient vooraf te gaan. Dit is trouwens ook logisch, aangezien een aankondiging per definitie handelt over iets dat nog moet gebeuren, en niet over iets dat al bezig is.

De aankondiging is hier nochtans niet van voor het begin van de periode van het openbaar onderzoek, maar van twee dagen nadien.

Het openbaar onderzoek, met aankondiging, vormt een substantieel vormvereiste. Door de aankondiging niet vooraf te doen, is dit vormvereiste geschonden.

Het B.P.A. is dan ook onwettig.

Dit onderdeel van het middel is derhalve gegrond.

3) Bestaande toestand

Artikel 16 van de Wet van 29 maart 1962 (huidig artikel 14 van het stedenbouwdecreet) bepaalt:

‘Het bijzonder plan van aanleg geeft voor het deel van het gemeentelijk grondgebied aan:

1/ de bestaande toestand

...’

De wet noch de parlementaire voorbereiding geeft enige duidelijkheid over wat er onder die ‘bestaande toestand’ moet worden verstaan.

Uw Raad heeft in zijn arrest van 8 juni 1972 geoordeeld dat:

‘Het document dat de bestaande toestand aangeeft, een grafische voorstelling moet geven van de bestemming die het aan te leggen gebiedsdeel gekregen heeft, in de staat waarin die zich voordoet op het tijdstip dat het plan is opgemaakt’.

De verplichting om in het B.P.A. de bestaande toestand aan te duiden, moet bekeken worden vanuit haar doel. In het arrest van Uw Raad van 28 maart 1996, staat te lezen:

‘Dat de verplichting de gegevens omtrent wat bestaat kenbaar te maken, de belanghebbende particulieren alsook de te raadplegen overheden en zij die uiteindelijk moeten beslissen over de in het definitief gewestplan vast te leggen bestemmingen en voorschriften, moet in staat stellen een correct inzicht te krijgen en een juist oordeel te vormen’.

In casu werd een plan met de bestaande toestand opgemaakt.

Het bewuste plan omvat evenwel uitsluitend een aanduiding van de hoogte van de gebouwen, alsook van het aantal bouwlagen e.d.

Het beperkt zich dus eigenlijk tot de welstand (en zelfs niet de bestemming) van de gebouwen.

Voor het terrein waarop de parking werd aangelegd, bepaalt het plan met de bestaande toestand niets. Er is geen enkele aanduiding vernield, geen enkel teken, geen enkele bestemming door aanduiding met een kleur.

Het enige wat men uit het plan met de bestaande toestand kan opmaken voor die locatie is dat zij niet bebouwd is. Voor het overige kan het een tuin, een parking, een braakliggend terrein, een park e.d. zijn. Zoals reeds gesteld ging het om een aangelegde parking - weliswaar niet zo aangelegd als de huidige parking, en ook niet zo groot.

Men kan bezwaarlijk stellen dat de ‘te raadplegen overheden en zij die uiteindelijk moeten beslissen over de in het definitief gewestplan vast te leggen bestemmingen en voorschriften’ door dit plan voldoende geïnformeerd waren.

In elk geval vormt dit allicht de reden waarom het plan ter plekke voorziet in bestemmingsvoorschriften die in tegenstrijd zijn met de op dat ogenblik bestaande toestand, die door niemand storend werd geacht, integendeel, gelet op de in de omgeving bestaande dringende parkingnood.

Dit onderdeel van het middel is derhalve ook gegrond”.

3.2. Beoordeling

3.2.1. Het eerste bestreden besluit betreft de weigering van een regularisatievergunning. Krachtens artikel 159, eerste lid DRO zoals het van toepassing was op het ogenblik van het eerste bestreden besluit, kon een regularisatievergunning slechts worden verleend na het opstellen van het certificaat bedoeld in het op dat ogenblik geldende artikel 158, § 2 DRO.

In het eerste bestreden besluit wordt desbetreffend onder meer het volgende overwogen:

“(…) Overwegende dat al deze redenen het onmogelijk maken in te stemmen met een eventueel vergelijk te treffen overeenkomstig artikel 158 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, en later gewijzigd; dat een vergelijk op dezelfde gronden trouwens bij beslissing d.d. 10 oktober 2000 van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur werd geweigerd; dat een regularisatievergunning slechts kan worden verleend na de opstelling van het certificaat, bedoeld in artikel 158, § 2; dat vermits hier geen vergelijk mogelijk is, er ook geen certificaat kan worden

opgesteld; dat bijgevolg niet voldaan is aan een verplichte, voorafgaandelijk te vervullen voorwaarde; dat er om deze reden geen wettelijke mogelijkheid blijft tot het verlenen van de vergunning; dat het beroep van de particulier dient te worden verworpen”.

Aangezien de verzoeker niet over het vereiste certificaat beschikte, diende de bevoegde vergunningverlenende overheid de gevraagde regularisatievergunning te weigeren omdat de alsdan geldende dwingende bepaling van artikel 159, eerste lid, tweede zin DRO zich ertegen verzette dat de regularisatievergunning werd verleend zo het vereiste certificaat niet voorlag.

3.2.2. Nog daargelaten de vraag wat het belang van de verzoeker kan zijn bij het invoeren van de schending van het beginsel van de redelijke termijn, gelet op de eveneens afwijzende beslissing over zijn aanvraag door de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen bij besluit van 25 maart 1999, moet worden aangenomen dat de verzoeker, die geen gebruik heeft gemaakt van de hem door artikel 53, § 2 van het gecoördineerde decreet geboden mogelijkheid om een rappelbrief aan de minister te sturen en deze laatste aldus tot een snelle beslissing aan te zetten, zich niet met goed gevolg kan beroepen op een schending van het beginsel van de redelijke termijn. Dit laatste geldt ongeacht verzoekers betoog met betrekking tot de gebeurlijke onwettigheid van het recht dat zou verkregen worden om de vergunningsplichtige werken uit te voeren zonder dat deze door een overheid zijn beoordeeld. Verder vereist de hoorplicht niet dat de verzoeker opnieuw dient te worden gehoord ingevolge het van toepassing worden van nieuwe wetgeving, te dezen artikel 158 DRO, of nog, ingevolge het nemen van het tweede bestreden besluit, in zoverre de verzoeker op dit laatste zou doelen in zijn niet nader toegelichte betoog dat “er op grond van die nieuwe wetgeving een stuk aan het dossier (werd) toegevoegd, waarbij dit stuk uiteindelijk geleid heeft tot de weigering”.

3.2.3. De Raad van State is voorts onbevoegd om het tweede bestreden besluit, als behorend tot de gerechtelijke procedure zoals uiteengezet onder randnummer 2.2.1. op grond van artikel 159 van de Grondwet op zijn wettigheid te beoordelen. Gelet op dit laatste en aangezien artikel 159, eerste lid, tweede zin DRO zich ingevolge het tweede bestreden besluit tegen de aflevering van de regularisatievergunning verzette, kan het tweede middel evenmin tot de vernietiging leiden.

3.2.4. De middelen kunnen niet tot de vernietiging leiden.

4. Prejudiciële vraagstelling

4.1. Omschrijving van de prejudiciële vraag

4.1.1. De verzoeker vraagt in zijn memorie van wederantwoord om de volgende prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen :

“Schenden de artikelen 158 en 159 van het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening, zoals deze artikelen luiden voor de wijziging doorgevoerd door het decreet van 8 maart 2002, in samenlezing met artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in de interpretatie dat de weigering van het vergelijk niet voor de Raad van State kan worden aangevochten, de artikelen 10 en 11 van de grondwet, doordat zij een ongerechtvaardigd onderscheid maken tussen

- 1) Diegenen die een aanvraag indienen ter regularisatie van een reeds opgerichte constructie, in welk kader het vergelijk geweigerd wordt, en diegenen die een aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning voor een nog op te richten constructie indienen, doordat de eerste persoon de uiteindelijke weigering van de vergunning niet op een nuttige wijze kan aanvechten voor de Raad van State (waar men zal stellen dat de vergunning in elk geval moest geweigerd worden, gelet op de weigering van het vergelijk), terwijl de tweede persoon dit wel kan.
- 2) Diegenen aan wie een vergelijk werd geweigerd, en die niet vervolgd worden voor de strafrechter, en diegenen aan wie een vergelijk werd geweigerd, en die wel vervolgd worden voor de strafrechter, doordat de eerste persoon de weigering van het vergelijk niet door een rechtbank kan laten beoordelen, terwijl de tweede persoon dit wel kan”.

4.1.2. In zijn laatste memorie betoogt de verzoeker nog dat de voormelde vraag, in de hypothese dat het artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State zich tegen de ontvankelijkheid van het beroep verzet, desgevallend kan worden aangepast in die zin dat naar de mogelijke schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet door “het artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, in samenlezing met de artikelen 158 en 159 van het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening (...)” wordt gevraagd.

4.2. Beoordeling

Wat betreft de voorgestelde prejudiciële vraag, moet op het verzoek niet worden ingegaan, aangezien krachtens artikel 26, § 2, derde lid van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, het betrokken

rechtscollege niet gehouden is een prejudiciële vraag te stellen, wanneer de uitspraak van het betrokken rechtscollege vatbaar is voor hoger beroep, verzet, voorziening in cassatie of beroep tot vernietiging bij de Raad van State, doch enkel wanneer het Grondwettelijk Hof een vraag met hetzelfde onderwerp reeds heeft beantwoord, het antwoord niet onontbeerlijk is om uitspraak te doen of de betrokken grondwetsbepalingen klaarblijkelijk niet geschonden worden. Te dezen is de Raad van State bij zijn uitspraak niet gehouden de prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof, aangezien die prejudiciële vraag zijn rechtsmacht betreft en zijn beslissing hierover vatbaar is voor een voorziening in cassatie overeenkomstig artikel 158 van de Grondwet en de artikelen 33 en 34 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en de artikelen 10 en 11 van de Grondwet klaarblijkelijk niet geschonden worden.

De prejudiciële vraag moet niet worden gesteld.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoeker.

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

de HH.	R. STEVENS,	kamervoorzitter,
	J. CLEMENT,	staatsraad,
	S. DE TAEYE,	staatsraad,
Mevr.	S. DE CLERCQ,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DE CLERCQ.

R. STEVENS.