

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 198.864 van 14 december 2009
in de zaak A. 160.091/X-12.214.**

In zake: de n.v. ICARE INVESTMENTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Filip Liebaut
kantoor houdend te 9160 LOKEREN
Durmelaan 4 W 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de deputatie van de provincieraad van OOST-VLAANDEREN

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 17 februari 2005, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van 16 december 2004 van de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen houdende verwerping van het beroep van de verzoekende partij tegen het besluit van 22 juli 2004 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent waarbij de stedenbouwkundige vergunning wordt geweigerd voor het verbouwen van een pand tot een studentenhome op een perceel gelegen te Gent, Hofstraat 26, kadastraal bekend sectie D, nrs. 2560/y/7 en 2560/z/7 (deel).

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Ronny Vercruyssen heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 oktober 2009.

Staatsraad Jan Clement heeft verslag uitgebracht.

Marie-Anne De Geest, bestuurssecretaris, die verschijnt voor de verwerende partij, is gehoord.

Auditeur Ronny Vercruyssen heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 27 juni 1996 verleent het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent aan Franciscus Paelinck de bouwvergunning tot het verbouwen van pand tot “een studentenhome met 20 kamers” voor een perceel gelegen aan de Hofstraat 26 te Gent, kadastraal bekend sectie D, nr. 2560/y/7-z/7 (deel). Krachtens het bij koninklijk besluit van 14 september 1977 vastgestelde gewestplan Gentse en Kanaalzone is het voornoemde perceel gelegen in woongebied met culturele, historische en/of esthetische waarde.

3.2. Op 26 mei 1997 wordt een proces-verbaal opgesteld en tevens de staking van de werkzaamheden aan dit pand gelast omwille van het feit dat bouwwerken werden uitgevoerd die niet voorzien waren in de verkregen bouwvergunning. Op 7 februari 2002 worden door de bouwpolitie bijkomende overtredingen op de afgeleverde bouwvergunning vastgesteld.

3.3. Het bij ministerieel besluit van 29 november 2002 goedgekeurd bijzonder plan van aanleg “Binnenstad - deel Zuid nr. 121/1” van de stad Gent (hierna: het BPA) legt het voornoemde perceel in de zone C voor woningen en tuinen. In artikel 2.4 van de stedenbouwkundige voorschriften van het BPA wordt met betrekking tot de voornoemde zone het volgende gesteld:

“Wonen is de hoofdbestemming. Het aantal woongelegenheden per pand is beperkt in functie van het aantal bouwlagen.
(...)

	Basisvoorschrift	mits machtiging
eengezinswoningen	toegelaten	
meergezinswoningen	toegelaten mits beperking: het aantal woningen mag het toegestane aantal bouwlagen niet overschrijden	toegelaten tot max. 8 wooneenheden
kamerwoningen	toegelaten mits beperking: het aantal woningen mag het toegestane aantal bouwlagen niet overschrijden	toegelaten tot max. 8 wooneenheden

”.

3.4. Op 21 april 2004 dient de verzoekende partij bij het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent voor het betrokken pand een regularisatieaanvraag in “met betrekking tot:

- het voorzien van een bergruimte op het dak van de parkeergarage;
- het optrekken van de achtergevel van het hoofdvolume ter hoogte van de derde verdieping;
- het voorzien van 4 zolderruimtes in de onderdakse verdieping van het hoofdvolume;
- het plaatsen van twee dakvlakramen in het voorste dakvlak”.

3.5. Op 22 juli 2004 weigert het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent de gevraagde regularisatievergunning wegens strijdigheid met het BPA.

3.6. Op 16 december 2004 verwerpt de deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen het beroep van de verzoekende partij tegen de voornoemde weigering van de regularisatievergunning. Dit is het bestreden besluit, waarin onder meer het volgende wordt overwogen:

“Overwegende dat de aanvraag strekt tot het verbouwen van een pand tot studentenhome, op een perceel gelegen te Gent, Hofstraat 26, 4de afdeling, sectie D, nr. 2560 y7-z7(deel);

dat de Hofstraat zich situeert in de Gentse binnenstad, omgeving Zuidpark, d.i. een smalle straat die op ongeveer 50 m afstand parallel loopt met de Franklin Rooseveltlaan;

dat het perceel een breedte heeft van ca. 9,20 m en een diepte van ca. 31 m;

dat het college van burgemeester en schepenen op 27 juni 1996 een bouwvergunning heeft verleend om op dit perceel een bestaand pand te verbouwen tot 'studentenhome met 20 kamers' (dossier met kenmerk 1996/192);

dat uit dit dossier blijkt dat het perceel voorheen over 2 bouwlagen volledig dichtgebouwd was met een garage/atelier, voorzien van de nodige bureelruimte, vooraan was er op de 2^e verdieping enkel een zolderruimte, het pand bevatte geen woongelegenheden;

dat volgens het vergunde ontwerp (dat meer op een nieuwbouw betrekking had dan op een 'verbouwing') het perceel volledig zou dichtgebouwd blijven, met vooraan, tot op een bouwdiepte van max. 15 m, een studentenhome van 4 bouwlagen hoog, met daarachter een parkeergarage;

dat deze parkeergarage één bouwlaag hoog zou zijn met plaats voor 5 auto's, de toegang tot de parkeergarage kon zowel geschieden via een doorgang rechts op het gelijkvloers van de hoofdbouw, als via een nieuw te plaatsen poortopening tussen de parkeergarage en de tuinstrook van het rechts aanpalende perceel;

dat het gelijkvloers van de studentenhome vooraan 2 studentenkamers zou bevatten, met daarachter de inkom- en traphal (inkom via de zijdelingse doorgang naar de parkeergarage) en daarachter een ruime gemeenschappelijke keuken en fietsenberging;

dat de 1^e en 2^e verdieping van de studentenhome elk een bouwdiepte van 15 m mochten hebben en elk 6 studentenkamers bevatten;

dat de 3^e verdieping (tevens reeds dakverdieping) volgens het ontwerp langsheen de perceelsgrenzen een bouwdiepte zou hebben van 11,08 m, in het midden, op 1,35 m afstand van de perceelsgrenzen, zou de bouwdiepte 12,80 m bedragen, met daarachter een dakterras, deze verdieping zou 5 studentenkamers bevatten;

dat de 4^e verdieping, die volledig onder schuin dak gelegen was, enkel uit één open zolderruimte zou bestaan, met in de achterzijde van het dak 2 dakvlakramen van 134 cm x 140 cm groot, waarvan er één (deze boven de traphal) ook als rookluik zou dienst doen;

dat de studentenhome volgens de vergunning aldus 19 studentenkamers mocht bevatten (2 op het gelijkvloers, 6 op de 1^e verdieping, 6 op de 2^e verdieping en 5 op de 3^e verdieping), en geen 20 studentenkamers zoals verkeerdelijk op het aanvraagformulier vermeld werd, en op de bouwvergunning foutief werd overgenomen;

dat achter de studentenhome de gemene muren op de linkerzijperceelsgrens en de achterste perceelsgrens hun hoogte van $\pm 7,30$ m zouden behouden, de gemene muur op de rechterzijperceelsgrens zou tot een hoogte van $\pm 3,60$ m verlaagd worden;

Overwegende dat de bouwpolitie van de stad Gent op 26 mei 1997 bij proces-verbaal (nr. 66.97.10106/97) heeft vastgesteld dat de werken niet conform de vergunning van 27 juni 1996 werden uitgevoerd, meer bepaald werden de volgende wijzigingen aangebracht:

1. Op het plat dak van de gelijkvloerse parkeergarage werd een bijkomend volume opgericht, palend aan de achterste perceelsgrens. Dit gebouw is opgetrokken met bakstenen, voorzien van 2 raamopeningen, afgewerkt met een plat dak waar 2 koepelopeningen zijn in voorzien.
2. De achtergevel van het hoofdgebouw op de derde verdieping werd in hetzelfde vlak van de onderliggende verdiepingen opgericht (15 m

bouwdiepte i.p.v. 13 m) en over de totale gevelbreedte uitgevoerd (9,5 m breedte i.p.v. 6,5 m).

3. In het dak wordt de zolderruimte (4e verdiep), bereikbaar via een betonnen trap, ingedeeld tot 2 aparte woongelegenheden door plaatsing van houten structuurwanden.

4. Plaatsing van 2 dakvlakramen in het voorste dakvlak;

dat de bouwpolitie op 4 februari 2002 nog het volgende heeft vastgesteld:

1. De zolderruimte is met scheidingswanden ingericht tot 4 lokalen: 2 slaapkamers, een badkamer en een bureel en/of bergruimte, die uitgeven op een dwarse gang. Deze gang staat in verbinding met een slaapkamer van het aanpalend pand nr. 24 via een deuropening in de gemeenschappelijke muur. Het dakniveau van nr. 26 hoort also bij pand nr. 24. Er is geen uitbreiding van het aantal woongelegenheden vastgesteld.

2. De bestemming van het bijkomend volume tegen de achterste perceelsgrens op het plat dak van de parkeergarage is 'bergruimte';

Overwegende dat onderhavige aanvraag ertoe strekt de volgende werken te regulariseren (omschrijving door verzoekers op het aanvraag-formulier):

- het voorzien van een bergruimte op het dak van de parkeergarage;
- het optrekken van de achtergevel van het hoofdvolume ter hoogte van de derde verdieping;
- het voorzien van 4 zolderruimtes in de onderdakse verdieping van het hoofdvolume;
- het plaatsen van 2 dakvlakramen in het voorste dakvlak;

dat de bergruimte die achteraan nieuw op de parkeergarage werd opgetrokken ongeveer 32 m² groot is en een hoogte heeft van ± 6,35 m t.o.v. het maaiveld;

Overwegende dat ingevolge artikel 3, 5/a van het besluit van de Vlaamse regering van 14 april 2000 tot bepaling van de vergunningplichtige functiewijzigingen en van de werken, handelingen en wijzigingen waarvoor geen stedenbouwkundige vergunning nodig is, gewijzigd bij besluit van 26 april 2002, een stedenbouwkundige vergunning niet nodig is voor de plaatsing van dakvlakvensters en/of fotovoltatische zonnepanelen en/of zonneboilers in het dakvlak, tot een maximum van 20% van de oppervlakte van het dakvlak, en dit bij vergunde gebouwen die niet in een ruimtelijk kwetsbaar gebied gelegen zijn, en op voorwaarde dat het uitvoeren van deze werken niet in strijd is met de voorschriften van een stedenbouwkundige verordening, een plan van aanleg, een bouwvergunning, ...;

dat het plaatsen van de 2 dakvlakramen in de voorzijde van het dak thans niet meer als een vergunningsplichtig werk te beschouwen is;

dat in de bouwvergunning van 27 juni 1996 niet werd uitgesloten dat de 4^e verdieping mocht beschikken over dakvlakramen, een in de achterzijde van het dak vergund dakvlakraam werd trouwens niet geplaatst, zodat in totaal slechts één dakvlakraam (...) meer geplaatst werd;

Overwegende dat de aanvraag niet aan een openbaar onderzoek werd onderworpen;

Overwegende dat volgens de planologische voorzieningen van het bij koninklijk besluit van 14 september 1977 vastgesteld gewestplan Gentse en Kanaalzone het perceel gelegen is in woongebied met culturele, historische en/of esthetische waarde;

dat de aanvraag niet strijdig is met de planologische gegevens volgens het gewestplan;

dat het perceel zich tevens situeert in het gebied van het bij ministerieel besluit van 29 november 2002 goedgekeurd bijzonder plan van aanleg 'Binnenstad - deel Zuid';

dat hier dient te worden geoordeeld op basis van het voor het perceel meer gedetailleerde bijzonder plan van aanleg;

Overwegende dat het perceel volgens het bestemmingsplan van het bpa in een zone C voor woningen en tuinen gelegen is;

dat volgens artikel 2.4. van de stedenbouwkundige voorschriften 'wonen' de hoofdbestemming is in deze zone, waarbij het aantal woongelegenheden per pand beperkt is in functie van het aantal bouwlagen, als basisvoorschrift geldt dat het aantal woongelegenheden het toegestane aantal bouwlagen niet mag overschrijden, mits machtiging (= een toelating tot het verruimen van de basisvoorschriften onder bepaalde nader omschreven voorwaarden zoals aangeduid in de diverse stedenbouwkundige en hoofdstuk 4 van deze voorschriften) kunnen maximum 8 wooneenheden toegestaan worden;

dat op 27 juni 1996 een bouwvergunning werd verleend om 19 woonentiteiten in het gebouw in te richten, een stijging van dit aantal kan dus in geen geval toegestaan worden;

dat huidige aanvraag er onder meer toe strekt de zolderruimte in te delen in '4 afzonderlijke zolderruimtes';

dat deze omschrijving niet strookt met wat de bouwpolitie op 4 februari 2002 ter plaatse heeft vastgesteld, met name dat de 4 lokalen bestaan uit 2 slaapkamers, een badkamer en een bureel en/of bergruimte, die uitgeven op een dwarse gang die in verbinding staat met een slaapkamer van het aanpalend pand nr. 24 via een deuropening in de gemeenschappelijke muur;

dat het ontwerp voorziet in het behoud van de deuropening tussen de panden 24 en 26, en dus verder in functie van een woonentiteit in het aanpalende pand zal kunnen gebruikt worden;

dat het ontwerp aldus voorziet in een verhoging van de woondensiteit binnen onderhavig pand, die in strijd is met bovenvermeld artikel 2.4. van de stedenbouwkundige voorschriften van het bpa;

dat artikel 3.3.3.1. van de stedenbouwkundige voorschriften bepaalt dat in onderhavig geval (waarbij de aanpalende hoofd(ge)bouwen een diepte van 10,10 m en 10,35 m hebben, waardoor de referentiediepte van onderhavig gebouw bepaald is tussen 10 en 12 meter) de bouwdiepte bij bouwen en verbouwen gevat dient te worden tussen 10 en 12 meter;

dat het uitbreiden van de bouwdiepte van de derde verdieping van deels 11,08 m en deels 12,80 m (conform de vergunning van 27 juni 1996) tot 15 m, waarbij de scheidingsmuur op de beide perceelsgrenzen nog 1 m verder werden doorgetrokken, aldus in strijd is met de stedenbouwkundige voorschriften van het bpa;

dat artikel 3.3.4.1. van de stedenbouwkundige voorschriften bepaalt dat de tuinzone van onderhavig perceel (= zone vanaf 17,2 m afstand van de rooilijn) slechts voor max. 25 % mag bebouwd worden op voorwaarde dat minimum 30 m² onbebouwd blijft, dat minimum 50 % van de tuinoppervlakte moet ingericht worden als onverharde tuin en dat de totale bouwhoogte van gebouwen of constructies in de tuinzones beperkt is tot 3,5 m gemeten vanaf het maaiveld, de hoogte van de tuinmuren wordt gemeten vanaf het maaiveld en is beperkt tot 2,5 m;

dat de wederrechtelijk opgetrokken berging achteraan op het perceel (dus in de tuinzone), op het dak van de parkeerruimte, een hoogte van ± 6,35 m heeft t.o.v. het maaiveld, zodat de aanvraag ook op dit punt in strijd is met de voorschriften van het bpa;

Overwegende dat volgens artikel 2 § 1 van bovenvermeld decreet van 22 oktober 1996 de voorschriften van een bijzonder plan van aanleg bindende en verordenende kracht hebben, waarvan alleen mag afgeweken worden in de gevallen en in de vormen door dit decreet bepaald;

dat artikel 49 van dit decreet dienaangaande bepaalt dat enkel afwijking kan toegestaan worden op de voorschriften van een door de Vlaamse regering

goedgekeurd bijzonder plan van aanleg, indien de afwijking betrekking heeft op de perceelsafmetingen, afmetingen en plaatsing van bouwwerken, alsmede de voorschriften in verband met hun uiterlijk, voor zover voorafgaandelijk een met redenen omkleed voorstel van het college van burgemeester en schepenen is geschied;

dat volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State de mogelijkheden tot afwijking van de bovenvermelde voorschriften zowel limitatief als restrictief dienen te worden geïnterpreteerd en dergelijke afwijkingen geen aanleiding mogen geven tot een oneigenlijke wijziging van de betrokken voorschriften, de algemene strekking van het bpa volledig en strikt moet worden nageleefd en de afwijkingen niet strijdig mogen zijn met de goede ruimtelijke ordening;

dat het college van burgemeester en schepenen in onderhavige aangelegenheid geen gemotiveerd voorstel tot afwijking op de voorschriften van het bijzonder plan van aanleg heeft gedaan, zodat hier geen toepassing van bovenvermeld artikel 49 kan gemaakt worden;

dat verdere opportuniteitsafwegingen niet meer relevant zijn gelet op de hiervoor aangehaalde onoverkomelijke legaliteitsbelemmering voor het afleveren van een stedenbouwkundige vergunning;

dat uit hetgeen voorafgaat dient geconcludeerd te worden dat onderhavig beroep niet vatbaar is voor inwilliging, wel kan de aanvraag als zonder voorwerp verworpen worden voor wat betreft de aanvraag tot regularisatie van het plaatsen van 2 dakvlakramen in de voorkant van het zadeldak, gezien hiervoor geen stedenbouwkundige vergunning nodig is;

Overwegende dat appellant de wens uitgedrukt heeft om gehoord te worden, dat bijgevolg alle partijen in zitting van 28 oktober 2004 werden uitgenodigd;

Gehoord Sylvie Kempinaire, advocaat;

Overwegende dat de partijen opnieuw werden uitgenodigd in zitting van 16 december 2004”.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Uiteenzetting van de middelen

4.1. In het verzoekschrift worden volgende middelen aangevoerd:

“Eerste middel geput uit de schending van artikel 3, §3, 11/ van het Besluit van de Vlaamse regering betreffende de openbare onderzoeken over aanvragen tot stedenbouwkundige vergunning en verkavelingsaanvragen dd. 5 mei 2000, mede geput uit de schending van een algemeen rechtsbeginsel en algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid dat elke bestuurshandeling door wettige motieven moet worden gedragen die haar op een redelijke manier ondersteunen en rechtvaardigen (motiveringsbeginsel), uit de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, uit de schending van het beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel.

Een openbaar onderzoek is onder meer bedoeld om de overheid de nodige gegevens te bezorgen om met kennis van zaken zorgvuldig te kunnen beslissen. Zo kan de vergunningverlenende overheid o.a. een correct beeld krijgen van de goede ruimtelijke ordening.

De vergunningverlenende overheid mag zich aan de verplichting tot het organiseren van het onderzoek niet onttrekken nu een substantiële vormvereiste (...).

Aangenomen dat het recentste BPA van toepassing zou worden verklaard is duidelijk dat verzoekster met haar regularisatieaanvraag een aanvraag tot afwijking op dit BPA (29.11.2002) voorstond waarvoor de toepassing is vereist van artikel 49 van het decreet van 22 oktober 1996 - de aanvraag van verzoekster alsdan dus niet in overeenstemming is met het BPA.

Zodat overeenkomstig het Besluit van de Vlaamse regering betreffende de openbare onderzoeken over aanvragen tot stedenbouwkundige vergunning en verkavelingsaanvragen dd. 5 mei 2000, in het bijzonder art. 3, §3, 110 ervan, inzake een openbaar onderzoek was vereist voorafgaandelijk de besluitvorming.

Zodat het te beoordelen dossier (ook gaande de rechtspleging) onvolledig bleef.

Zodat de huidig verwerende partij door het niet inwilligen van het beroep alsdan de onwettig tot stand gekomen beslissing is bijgetreden.

Tweede middel geput uit de schending van artikel 53, §3 van het decreet van 22 oktober 1996, uit de schending van (de) beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het redelijkheids-, gelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel.

Wanneer de bestendige deputatie oordeelt over een beroep treedt zij op als orgaan van het actief bestuur en beschikt zij over dezelfde beoordelingsbevoegdheid als die waarover het college van burgemeester en schepenen beschikt. Zulks sluit naadloos aan bij het principe van het georganiseerd administratief beroep, nl. dat bij het behandelen van het beroep de aanvraag in haar volledigheid - en dus zowel t.a.v. de legaliteitsaspecten als t.a.v. de opportuniteitsaspecten - onderzocht dient te worden.

Hoewel het college van burgemeester en schepenen en de gemachtigde ambtenaar, wegens de opdracht van algemeen belang waarmee zij zijn belast, in beginsel niet voldoende vergelijkbaar zijn met particulieren, dienen zij in de voorliggende rechtspleging toch op gelijke voet tegenover elkaar te worden geplaatst (Arbitragehof, arrest 99/98, overwegende B.6).

Een algemeen rechtsbeginsel van de dubbele aanleg bestaat niet. Wel is de wetgever verplicht, wanneer hij in het rechtsmiddel van het hoger beroep voorziet, geen discriminerende vereisten te stellen.

Gelet de interpretatie die de bestendige deputatie aan artikel 49 van het decreet van 22 oktober 1996 heeft gegeven - gebrek aan voorafgaandelijk gemotiveerd voorstel van het college van burgemeester en schepenen tot afwijking op het toepasselijk BPA - heeft dit tot gevolg dat in geen enkele hypothese een rechtzoekende, als verzoekster in casu, een ontvankelijk en gegrond te bevinden hoger beroep vermag in te stellen, zodat het nut van de nochtans door de wetgever voorziene dubbele aanleg ter zake volkomen verloren gaat.

Dat de door de wetgever geboden mogelijkheid tot hoger beroep dan ook compleet wordt ingeperkt aangezien de wetgever de toegang tot het hoger beroep volledig afhankelijk stelt van de houding die in eerste aanleg werd aangenomen door de bevoegde vergunningverlenende overheid, het college van burgemeester en schepenen, waarvan daarenboven dan nog in de voorgestane beroepsprocedure de weigeringsbeslissing wordt bestreden.

Dat het argument dat de wetgever (destijds) heeft willen voorkomen dat zou afgeweken worden van de voorschriften van een bijzonder plan van aanleg - die de instrumenten vormen voor het voeren van een gemeentelijk beleid ter zake van de stedenbouw en ruimtelijke ordening - tegen de wil van de betrokken gemeente, en alzo afbreuk zou worden gedaan aan de gemeentelijke autonomie die hij met betrekking tot die aangelegenheid heeft willen waarborgen intussen volledig werd uitgehold door het decreet van 21 november 2003 waar door dezelfde wetgever artikel 111bis werd ingevoegd in het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening gecoördineerd op 22 oktober 1996 met uitgebreidere mogelijkheden dan die van voormeld artikel

49, inbegrepen de mogelijkheid voor de vergunningverlenende overheid de afwijking (ook) in beroep toe te staan.

Aldus belemmert de wetgever - mede gemeten aan de toepasselijke overgangsbepalingen van het decreet - op een discriminerende manier de uitoefening van het recht op een eerlijke behandeling van de zaak (Arbitragehof, arrest 75/95).

Dat het in de gegeven context passend lijkt de volgend prejudiciële vraag te doen stellen aan het Arbitragehof :

‘Schendt artikel 49 van het decreet van 22 oktober 1996 in samenlezing met artikel 53, §3 van het decreet van 22 oktober 1996, de artikelen 10 en 11 van de gecoördineerde grondwet, doordat slechts aan het college van burgemeester en schepenen de bevoegdheid wordt verleend tot het formuleren van een met redenen omkleed voorstel tot afwijking van de voorschriften van een goedgekeurd bijzonder plan van aanleg’.

B. Beoordeling van de middelen

5.1. De verzoekende partij betwist de overweging in het bestreden besluit niet volgens welke de regularisatieaanvraag “voorziet in een verhoging van de woondensiteit binnen onderhavig pand, die in strijd is met (...) artikel 2.4. van de stedenbouwkundige voorschriften van het BPA”. Het uitgangspunt van de beide middelen is dat de verwerende partij bij het beoordelen van de aanvraag van de verzoekende partij een afwijking van het toepasselijke BPA had moeten toestaan op grond van het toentertijd geldende artikel 49 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, dat als volgt luidt:

“Op met redenen omkleed voorstel van het college van burgemeester en schepenen kan de Vlaamse Regering of de gemachtigde ambtenaar afwijkingen toestaan van de voorschriften van een door de Vlaamse Regering goedgekeurd bijzonder plan van aanleg en van de voorschriften van een verkavelingsvergunning, enkel wat de perceelafmetingen, de afmetingen en de plaatsing van de bouwwerken, alsmede de voorschriften in verband met hun uiterlijk betreft”.

5.2. Na een gebeurlijke vernietiging op grond van de aangevoerde middelen zal de verwerende partij bij het opnieuw beoordelen van de aanvraag enkel kunnen afwijken van de stedenbouwkundige voorschriften van het BPA op grond van de volgende bepaling van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening:

“Art. 4.4.1. In een vergunning kunnen, na een openbaar onderzoek, beperkte afwijkingen worden toegestaan op stedenbouwkundige voorschriften en verkavelingsvoorschriften met betrekking tot perceelsafmetingen, de afmetingen en de inplanting van constructies, de dakvorm en de gebruikte materialen.

Afwijkingen kunnen niet worden toegestaan voor wat betreft:

1/ de bestemming;

2/ de maximaal mogelijke vloerterrein index;
3/ het aantal bouwlagen”.

Een stedenbouwkundig voorschrift dat een maximaal aantal wooneenheden per pand bepaalt kan onmogelijk beschouwd worden als een stedenbouwkundig voorschrift met betrekking tot perceelsafmetingen, de afmetingen en de inplanting van constructies, de dakvorm en de gebruikte materialen.

Na een gebeurlijke nietigverklaring op grond van de aangevoerde middelen zal de verwerende partij hoe dan ook geen afwijking kunnen toestaan van de door het BPA opgelegde maximale woondensiteit en zal zij bijgevolg de aanvraag moeten weigeren wegens strijdigheid met het BPA.

Aangezien de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middelen, zijn ze niet ontvankelijk.

5.3. Aangezien de reden op grond waarvan de middelen onontvankelijk zijn niet ontleend is aan de norm die zelf het onderwerp uitmaakt van het verzoek tot het stellen van de prejudiciële vraag, dient deze vraag niet aan het Grondwettelijk Hof te worden gesteld.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien december 2009, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Jan Clement,	staatsraad,
met bijstand van	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Roger Stevens