RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

nr. 208.254 van 20 oktober 2010
in de zaak A. 188.977/X-13.845.

In zake: Luk VERSTRAELEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Katharina Erard
kantoor houdend te 1703 SCHEPDAAL
Oudstrijdersstraat 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de gemeente TERVUREN
   bijgestaan en vertegenwoordigd door
   advocaten Dirk Lindemans en Filip Depreter
   kantoor houdend te 1000 BRUSSEL
   Keizerslaan 3
   bij wie woonplaats wordt gekozen
2. het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse regering
   bijgestaan en vertegenwoordigd door
   advocaat Michel van Dievoet
   kantoor houdend te 1000 BRUSSEL
   Boomstraat 14, bus 3
   bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de n.v. PROMOCONSTRUCT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koen Vanoppen
kantoor houdend te 3510 KERMT-HASSELT
Diestersteenweg 146
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 14 juli 2008, strekt tot de nietigverklaring van:

a. het besluit van 21 april 2008 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Tervuren waarbij aan de n.v. PROMOCONSTRUCT de stedenbouwkundige vergunning wordt verleend tot het regulariseren van afwijkingen van de eerdere stedenbouwkundige vergunning nr. 2001/0104, met

betrekking tot een terrein gelegen aan de College van Luxemburglaan 2-26 te Tervuren, kadastraal bekend sectie A, nrs. 68/d4 en 79/r3, en

b) het advies van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar van 9 april 2008 houdende de beslissing inzake afwijkingsvoorstel met betrekking tot voormeld terrein en zoals opgenomen in het eerste bestreden besluit.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partij heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 10 december 2008.

Auditeur Sofie De Doncker 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 24 september 2010.

Staatsraad Pierre Lefranc heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Katharina Erard, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Celine Paqué, die loco advocaat Michel van Dievoet verschijnt voor de tweede verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Sofie De Doncker 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. De verzoekende partij is eigenaar van een onroerend goed aan de Stationstraat 59 te Vossem (Tervuren), er kadastraal gekend onder sectie A, nr. 68/y2.

Het perceel grenst aan de eigendom van de tussenkomende partij die is gelegen aan de College van Luxemburglaan 2-26, er kadastraal gekend onder sectie A, nrs. 68/d4 en 79/r3.

3.2. Op 10 mei 2004 verleent het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Tervuren aan de tussenkomende partij een verkavelingsvergunning voor de percelen gelegen aan de Stationsstraat, Oude Voordelaan en College van Luxemburglaan, er kadastraal gekend onder sectie A, nrs. 68/d4, 68/c4, 68/z3 en 79/r3.

Het vergunningsbesluit bevat o.m. volgende overwegingen:

> "(…)
> Het college van burgemeester en schepenen neemt omtrent deze bezwaarschriften het volgende standpunt in:
> (…)
> De gebouwen worden ingeplant in functie van het terrein aansluitend bij het talud en de College van Luxemburglaan, zodat het zicht op de hoeve vanaf de Stationsstraat gevrijwaard blijft. De woningen op kavels 4A en 4 volgen de helling van de College van Luxemburglaan. De daken van de woningen op kavel 2 blijven lager dan de bestaande woningen gelegen aan de Ropoortbos.
> (…)
> Het groene dak op kavel 2 zal ingericht worden als tuin bij de te bouwen woningen (en een deel als parking aangeduid op de plannen. (…)
> De aanvraag omvat het creëren van zeven kavels met als bestemmingen: handelsruimten, één- en/of meergezinswoningen, parking met bufferbekkens, groenzone en voetpad.
> (…)
> Advies van Gemeentelijke Commissie voor Ruimtelijke Ordening
> (…)
> Het plan voorziet in twee relatief grote winkelruimten van respectievelijk 1400 m² (lot 1) en 2950 m² (lot 2 en deel van lot 3). De voorschriften verhinderen niet dat beide winkelruimten tot één geheel worden samengevoegd, waardoor een voor de locatie erg grootschalige kleinhandelszaak zou kunnen worden ondergebracht. De commissie is van oordeel dat de voorschriften dergelijke samenvoeging moeten uitsluiten.
> (…)
> Noch op de plannen, noch in de voorschriften is gespecificeerd hoeveel woningen de diverse loten kunnen/moeten herbergen. De commissie vraag hierover duidelijkheid, zodat woningtype en woningdichtheid kunnen beoordeeld worden.
> De ontsluiting naar de woningen op lot 2 is onduidelijk. Op de maquette staat een smalle toegangshelling langs lot 3. Als bestemming op de verdieping van lot 2 staat ook een parking vermeld.

(…)
Beschrijving en beoordeling van het project
(…)
Kavel 2: een handelsruimte met één bouwlaag. Op het platte dak worden bijkomend zes woningen opgericht. Het overige deel zal ingericht worden als een tuin behorende bij deze woningen. Hier wordt eveneens parkeerruimte voorzien. In de stedenbouwkundige voorschriften ontbreekt een verdere specificatie van deze parkeerruimte. Het kan niet de bedoeling zijn dat iedere woning bereikbaar wordt met een wagen. Het college van burgemeester en schepenen bakent een zone op het verkavelingsplan af (...).
(…)
Het college van burgemeester en schepenen brengt een voorwaardelijk gunstig advies uit.
Voorwaarden:
(…)
- De kavels 1 en 2 mogen niet samengevoegd worden zodat er geen één grote handelsruimte kan gecreëerd worden;
- De parkeerplaatsen op kavel 2 moeten aangelegd worden binnen de aangeduide zone;
- (…)
- Kavel 2: maximum zes woningen op het dak

(…)".

3.3. Op 2 mei 2005 verleent het college van burgemeester en schepenen aan de tussenkomende partij een stedenbouwkundige vergunning voor "het bouwen van twee handelsruimten en woongelegenheden" op de voormelde percelen 68/d4 en 79/r3, zijnde de kavels 1 t.e.m. 5 van de voormelde verkaveling.

Het besluit bevat onder meer volgende overwegingen:

"(…)
Op kavel 2 word(en) op het dak van de voormelde handelsruimte vier gekoppelde woningen opgericht. Elke woning bestaat uit twee volumes:
- Een volume met een diepte van 12m15 en een breedte van 5m80 wordt voorzien van een plat dak. De kroonlijsthoogte bedraagt 8m25 ten opzichte van de afgewerkte binnenpas van de handelsruimte;
- Een volume met een diepte van 9m40 en een breedte van 4m55 wordt voorzien van een hellend dakvlak. De kroonlijst- en nokhoogte bedraagt respectievelijk 7m95 en 11m15 ten opzichte van de afgewerkte binnenpas van de handelsruimte;

De totale voorgevelbreedte bedraagt 10m en de totale bouwdiepte bedraagt 14m.
Ter hoogte van de rechterzijgevel langsheen de straatzijde worden vijf parkeerplaatsen aangelegd.
(…)
Beoordeling van de goede ruimtelijke ordening
Het project is in overeenstemming met de voorschriften van de verkavelingsvergunning behalve voor wat sommige kroonlijsthoogten en nokhoogten betreft.
(…)".

3.4. Bij proces-verbaal van 12 juli 2007 stelt een bevoegde gemeenteambtenaar een aantal werken vast die "(af)wijken (…) van de verleende stedenbouwkundige vergunning en de van toepassing zijnde verkavelingsvergunning. Ze zijn mogelijks een overtreding van het decreet van 18 mei 1999 (en wijzigingen)".

3.5. Op 5 oktober 2007 (datum van het ontvangstbewijs) dient de tussenkomende partij een aanvraag in "tot het regulariseren van afwijkingen van de eerdere stedenbouwkundige vergunning nr. 2004/0104".

3.6. Ter gelegenheid van het openbaar onderzoek dat wordt gehouden van 5 november tot 4 december 2007, worden zes bezwaarschriften ingediend, waaronder één van de verzoeker.

3.7. Met een besluit van 21 januari 2008 concludeert het college van burgemeester en schepenen dat het "de afwijking van de voorschriften van de verkavelingsvergunning (kan) voorstellen, voor zover de drainagestrook een groene omkadering krijgt" na onder meer de volgende overwegingen:

> "(…)
> Beknopte omschrijving van de aanvraag
> De aanvraag omvat het regulariseren van afwijkingen ten opzichte van de reeds verleende stedenbouwkundige vergunning. Het betreft met name:
> - Het weglaten van de woningen op kavel 2, en de oprit er naar toe
> (…)
> Bepaalde onderdelen van deze aanvraag zijn strijdig met de verkavelingsvergunning (…) Hiervoor wordt door de aanvrager een afwijking gevraagd. Het betreft met name het regulariseren van een extensief groendak op kavel 2, en het gebruik van een drainage met grindbed in plaats van een gracht ter hoogte van de keerwand aan de kavels 1 en 2.
> (…)
> Er werden 6 bezwaarschriften ingediend (…)
> A. De oorspronkelijke plannen en maquette stemmen in niets overeen met wat er ter plaatse gebouwd werd;
> Dit bezwaar is ongegrond en wordt niet weerhouden. De verschillen tussen de op de verkavelingsvergunning nr. 2003/0011 gebaseerde stedenbouwkundige vergunning 2004/0104 en de uiteindelijk uitgevoerde werken worden opgesomd in het eerder genoemd proces-verbaal van 12 juli 2007. Er is slechts sprake van een beperkt aantal verschillen die slechts op enkele punten in strijd zijn met de verkavelingsvergunning. Deze afwijking zal verder beoordeeld worden. Het voornaamste verschil tussen de verkavelingsvergunning en de uitgevoerde werken is het niet-uitvoeren van de vier woningen op kavel 2, maar deze woningen dienden niet verplicht te worden gerealiseerd.
> (…)
> M. Het weglaten van de vier voorziene woningen op het dak van de 'aveve' winkel (kavel 2) vereist een verkavelingswijziging;

Dit bezwaar is niet gegrond, en wordt niet weerhouden. Het verkrijgen van een verkavelingsvergunning verplicht de aanvrager geenszins om de vergunning volledig uit te voeren. Aan een verkavelingsvergunning kunnen voorwaarden gekoppeld worden, maar het uitvoeren van de vier woningen op kavel 2 was geen voorwaarde voor het verlenen van de verkavelingsvergunning nr. 2003/0011.

(…)

Beschrijving van de bouwplaats, de omgeving en het project

(…)

Het project voorziet in een regularisatie van de volgende elementen, die in overeenstemming zijn met de verkavelingsvoorschriften:

- Het weglaten van de woningen op kavel 2, en de oprit er naar toe;

(…)

Het project voorziet tevens - in afwijking op de voorschriften van de geldende verkaveling nr. 2003/0011 (…) - in het regulariseren van een extensief groendak op kavel 2, en het gebruik van een drainage met grindbed in plaats van een gracht ter hoogte van de keerwand aan de kavels 1 en 2.

(…)

Beoordeling van de goede ruimtelijke ordening

De elementen die in overeenstemming zijn met de verkavelingsvoorschriften betreffen beperkte wijzigingen zonder enige impact. Er zijn geen redenen van goede ruimtelijke ordening die zich verzetten tegen de regularisatie van deze elementen.

(…)".

3.8. De gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar verleent op 9 april 2008 gunstig advies aan het voormeld afwijkingsvoorstel van het college van burgemeester en schepenen waarin hij zich aansluit "bij de weerlegging van de bezwaren door het college van burgemeester en schepenen".

Dit is het tweede bestreden besluit.

3.9. Met het eerste bestreden besluit van 21 april 2008 verleent het college van burgemeester en schepenen aan de tussenkomende partij de stedenbouwkundige vergunning met onder meer volgende overwegingen wat betreft de beoordeling van de goede ruimtelijke ordening:

"De elementen die in overeenstemming zijn met de verkavelingsvoorschriften betreffen beperkte wijzigingen zonder enige impact. Er zijn geen redenen van goede ruimtelijke ordening die zich verzetten tegen de regularisatie van deze elementen.

Het extensieve groendak en het gebruik van een drainage met grindbed in plaats van een gracht ter hoogte van de keerwand aan de kavels 1 en 2 is strijdig met de voorschriften van de verkavelingsvergunning. Het betreft met name de volgende voorschriften:

Artikel 49 van het decreet op de ruimtelijke ordening bepaalt dat de gewestelijk stedenbouwkundige ambtenaar, op met redenen omkleed voorstel van het college van burgemeester en schepenen, afwijkingen kan toestaan op de voorschriften van een verkavelingsvergunning voor wat betreft de perceelsafmetingen, de afmetingen en de plaatsing van de bouwwerken en de voorschriften in verband met hun uiterlijk.

Het betreft hier voorschriften in verband met het uiterlijk. De afwijkingen kunnen worden voorgesteld indien ze de essentiële elementen van het plan niet in het gedrang brengen en beter de doelstellingen van ruimtelijke ordening. dienen dan de voorschriften zelf.

De afwijkingen hebben betrekking op accessoire elementen van de aanvraag, die op generlei wijze een invloed hebben op de essentiële ordening die met de verkavelingsvergunning werd beoogd. De afwijking brengt de essentiële elementen van het plan niet in het gedrang.

Bovendien beantwoordt een en ander beter aan een goede ruimtelijke ordening dan de voorgestelde regeling in de stedenbouwkundige vergunning 2004/0104.

Behalve een esthetische meerwaarde, biedt een extensief groendak ten opzichte van een gewoon platdak een meerwaarde doordat het heel wat hemelwater buffert. Dergelijke zaken komen zelfs voor subsidiëring in aanmerking. De provinciale en gewestelijke hemelwaterverordeningen maken terzake geen onderscheid tussen extensieve en intensieve groendaken.

Een grindbed biedt ten opzichte van een gracht een meerwaarde doordat een gracht enkel het oppervlaktewater opvangt, terwijl met een draineersysteem ook het insijpelende water kan opgevangen en afgevoerd worden. Indien ze ook met groen wordt afgewerkt, biedt ze ook een esthetische meerwaarde.

Volgende elementen zijn niet in tegenstrijd met de geldende verkavelingsvoorschriften, en niet in strijd met de goede plaatselijke ordening en met de onmiddellijke omgeving:

- Het weglaten van de woningen op kavel 2, en de oprit er naar toe;

Hoewel het inderdaad een feit is dat lagere begroeiing tot meer inkijk leidt dan hogere begroeiing, worden de geldende wettelijke afstandsregels die de privacy moeten waarborgen, evenzeer geëerbiedigd als bij de oorspronkelijke verkavelingsvergunning 2003/0011 en de stedenbouwkundige vergunning 2004/0104. Het dak is bovendien enkel toegankelijk voor onderhoud.

Het weglaten van een aantal woningen binnen een project betekent bovendien dat de ruimtelijke draagkracht van de omgeving niet wordt verhoogd, wel integendeel;

(…)".

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De eerste verwerende partij werpt op dat zij het (eerste) bestreden besluit met een aangetekende brief van 8 mei 2008 naar de verzoekende partij heeft verzonden en het ongeloofwaardig is dat dit schrijven "pas de derde werkdag na verzending zou besteld worden", i.e. "op dinsdag 13 mei" en dat zij "zich op dat punt alle rechten voor(behoudt)".

5. Dergelijk voorbehoud kan niet gelden als een exceptie wegens laattijdigheid zodat er niet moet worden op geantwoord.

V. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

6. De verzoeker voert de schending aan van artikel 109 van de Nieuwe Gemeentewet "in combinatie met artikel 112 DRO, gecoördineerd op 22/10/1996".

De verzoeker betoogt wat volgt:

> "De bestreden beslissing voegt op pagina 1 een met de hand bijgeschreven vermelding van kadastrale identiteit, hetzij '&79r3'.
>
> Welnu, deze met de hand geschreven toevoeging van een kadastrale identiteit op een stedenbouwkundige vergunning wordt niet geparafeerd door de burgemeester en door de gemeentesecretaris van de gemeente Tervuren.
>
> Nochtans dient elk document door beide personen te worden ondertekend waaronder dient te verstaan dat iedere toevoeging 'met de hand' aan een beslissing van het schepencollege dient te worden geparafeerd door de burgemeester en de gemeentesecretaris, hetgeen niet is gebeurd.
>
> Het staat dan ook niet vast dat de beslissing van het schepencollege houdende toekenning van een stedenbouwkundige vergunning ook strekt tot op het terrein 79r3. De waarachtigheid en de regelmatigheid van de stedenbouwkundige vergunning is hiermee onbestaande.
>
> Op grond van deze niet geparafeerde toevoeging in de stedenbouwkundige vergunning die de betrokken regularisatie uitstrekt tot een bijkomend perceel, hetzij 79r3 , staat het niet vast dat het college van burgemeester en schepenen de regularisatie op het perceel 79r3 heeft toegestaan, hetzij daarover heeft beslist.
>
> Artikel 112 DRO dat opdraagt dat de beslissingen over de vergunningsaanvragen worden genoteerd op een formulier A is derhalve geschonden vermits aan deze beslissing een toevoeging van kadastrale identiteit is gebeurd die niet wordt gedragen door de handtekening (paraaf) van de burgemeester en de gemeentesecretaris.
>
> Het staat niet vast dat de stedenbouwkundige vergunning, zoals ze thans voorligt met een handgeschreven toevoeging, de beslissing is zoals genomen door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Tervuren.
>
> Het middel is ontvankelijk en gegrond".

Beoordeling

7. Artikel 109 van de Nieuwe Gemeentewet werd met ingang van 1 januari 2007 opgeheven bij artikel 302, 105/ van het gemeentedecreet van 15 juli 2005 en het besluit van de Vlaamse regering van 24 november 2006 betreffende de inwerkingtreding van sommige bepalingen van het gemeentedecreet van 15 juli 2005 en ter uitvoering van artikel 160 en 179 van het gemeentedecreet van 15 juli 2005. Artikel 182, § 2 van het gemeentedecreet dat in de plaats is gekomen, bepaalt dat de reglementen, verordeningen, beslissingen en akten van het college van

burgemeester en schepenen worden ondertekend door de burgemeester en medeondertekend door de gemeentesecretaris.

Uit deze laatste bepaling blijkt niet dat een met de hand geschreven toevoeging in een akte van het college van burgemeester en schepenen "geparafeerd" moet worden door de burgemeester en de gemeentesecretaris. In zoverre is het middel niet gegrond.

8. Er is de Raad van State geen artikel 112 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (hierna het gecoördineerde decreet) gekend. Het is niet betwist dat de gemeente Tervuren op het ogenblik van het nemen van het eerste bestreden besluit niet voldeed aan de voorwaarden gesteld in het toen geldende artikel 193 van het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening (DRO). De bestreden stedenbouwkundige vergunning werd aldus verleend overeenkomstig de bepalingen van het gecoördineerde decreet vermeld in artikel 193 DRO. Gelet op de niet-toepasselijkheid van het door de verzoeker ingeroepen artikel 112 DRO mist het middel in zoverre juridische grondslag.

9. Volledigheidshalve wordt vastgesteld dat uit het dossier onmiskenbaar blijkt dat de bestreden stedenbouwkundige vergunning slaat op zowel het perceel nr. 68/d4 als het perceel 79/r3 gelet op het feit dat de verkavelingsvergunning waarvan de bestreden stedenbouwkundige vergunning de uitvoering is, de aanvraag van de tussenkomende partij en het voormelde besluit van het college van burgemeester en schepenen van 21 januari 2008, deze percelen uitdrukkelijk vermelden.

Het middel wordt verworpen.

Tweede middel

10. De verzoeker voert de schending aan van artikel 49 van het gecoördineerde decreet "in combinatie met artikel 3" van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen (hierna: de motiveringswet) omdat het bestreden advies van de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar "verkeerdelijk de beslissing (…) genomen door het schepencollege (…) aanmerkt als een 'afwijkingsvoorstel' in de zin van artikel 49 DRO". Hij betoogt wat volgt:

"De beslissing van 21/1/08 is een gunstig advies op de aanvraag door Promoconstruct tot stedenbouwkundige vergunning voor het regulariseren van afwijkingen van een eerdere stedenbouwkundige vergunning.

Welnu, in dit gunstig advies wordt niet uitdrukkelijk een voorstel gedaan aan de gemachtigde ambtenaar om afwijkingen toe te staan van de voorschriften van een verkavelingsvergunning maar er wordt enkel beslist dat het college deze afwijking kan voorstellen.

Zie laatste paragraaf boven de beslissing (laatste blad vergunning) : 'Het college kan dan ook de afwijking van de voorschriften van de verkavelingsvergunning voorstellen, voor zover de drainagestrook een groene omkadering krijgt'.

Dergelijke beslissing bestaat er niet in dat het college daadwerkelijk heeft beslist een afwijkingsvoorstel te doen. Beslissen dat men een voorstel 'kan' doen is niet identiek als een beslissing waarbij het voorstel 'wordt gedaan'.

1/Uit de beslissing van 21/1/2008 blijkt niet dat het college effectief een afwijkingsvoorstel heeft gedaan aan de gemachtigde ambtenaar. Het college is op ruimtelijk vlak de behoeder van het algemeen belang. Bijkomend is dat de afwijkingsmogelijkheid een uitzonderingsmaatregel (is die) restrictief moet worden toegepast.

Het afwijkingsvoorstel moet effectief worden beslist door het college hetgeen niet blijkt uit het gunstig advies van 21/1/08.

2/Er is een bijkomende schending van artikel 49 DRO daar waar de betrokken afwijkingen aan de stedenbouwkundige vergunning aanleiding geven tot een oneigenlijke wijziging van de voorschriften van de verkavelingsvergunning. Hetgeen men in de bestreden beslissing voorstelt als een afwijking van de stedenbouwkundige vergunning (zie opsomming van te regulariseren elementen) is in werkelijkheid een wijziging van de verkavelingsvergunning.

Dit wordt met zoveel woorden gezegd door het schepencollege aan de aanvrager bij brief onder het voorwerp 'College van Luxemburglaan : Vergunning van Handelsvestiging en regularisatiedossier' :

> 'Bij werfcontroles werd evenwel vastgesteld dat er ook werken werden uitgevoerd waarvoor (onder voorbehoud van alle rechten) een verkavelingswijziging moet worden aangevraagd. Wij verwijzen hiervoor naar het proces-verbaal van donderdag 12 juli 2007'.

Dat de motivering van de bestreden beslissing de toegestane afwijking niet heeft getoetst aan volgende voorwaarden :

> 1. een afwijking kan geen aanleiding geven tot een oneige(n)lijke wijziging van de verkavelingsvergunning.
> In de bestreden beslissing wordt deze voorwaarde niet besproken. Blijft dat op de kavel 2 de woningen worden weggelaten hetgeen al een essentiële wijziging impliceert van de verkavelingsvergunning alsook het vooruitschuiven van de gebouwen van de winkels met 0,50m
> 2. een afwijking mag niet strijdig zijn met de goede ruimtelijke ordening ter plaatse.

3/ Artikel 49 DRO is derhalve geschonden. Het advies van de gemachtigde ambtenaar is nietig ook al omdat het redenen aangeeft die niet stroken met de werkelijkheid. Het afwijkingsvoorstel waarvan sprake in zijn advies en waarop dit laatste is opgebouwd, is onbestaande.

Het advies schendt bijgevolg ook de motiveringsplicht in hoofde van de gemachtigde ambtenaar".

De verzoeker doet in de memorie van wederantwoord nog gelden wat volgt:

> "Het weglaten van de woningen boven de Aveve wijzigt essentieel de woon-handelsbalans binnen het project wat binnen een woonzone mag beschouwd worden als een basisparameter en niet als een acces(s)oire".

Beoordeling

11. Het toentertijd geldende artikel 49 van het gecoördineerde decreet bepaalt:

> "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 perceelsafmetingen, de afmetingen en de plaatsing van de bouwwerken, alsmede de voorschriften in verband met hun uiterlijk betreft".

De bepaling van artikel 49 van het gecoördineerde decreet is een uitzonderingsbepaling en moet als zodanig restrictief worden geïnterpreteerd. Op grond van deze bepaling is de bevoegdheid van de overheid om afwijkingen van een verkavelingsvergunning toe te staan aan een dubbele restrictie onderworpen, met name dat de afwijkingen enkel betrekking mogen hebben op de perceelsafmetingen, alsmede op de afmetingen, de plaatsing en het uiterlijk van de gebouwen, en dus niet op de bestemming, en dat geen afwijkingen mogen worden toegestaan die afbreuk doen aan de essentiële gegevens van de verkavelingsvergunning, dit wil zeggen, die niet geacht kunnen worden in overeenstemming te zijn met de algemene strekking van de verkavelingsvergunning.

12. Uit de bewoordingen zelf van het voormelde collegebesluit van 21 januari 2008 blijkt ontegensprekelijk dat de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar terecht in zijn gunstig advies van 9 april 2008 heeft aangenomen dat het college van burgemeester en schepenen overeenkomstig artikel 49 van het gecoördineerde decreet een voorstel heeft gedaan dat met redenen omkleed was.

Het eerste en derde middelonderdeel zijn ongegrond.

13. In het eerste bestreden besluit wordt aangenomen dat "het weglaten van de woningen op kavel 2 en de oprit er naar toe" in overeenstemming is met de verkavelingsvoorschriften omdat "deze woningen (…) niet verplicht (dienden) te worden gerealiseerd" en "het uitvoeren van de vier woningen op kavel 2 (…) geen voorwaarde was voor het verlenen van de verkavelingsvergunning nr. 2003/0011".

De verzoeker gaat er aldus ten onrechte van uit dat in de bestreden stedenbouwkundige vergunning het “weglaten van de woningen op kavel 2 en de oprit er naar toe” werd toegelaten met toepassing van artikel 49 van het gecoördineerde decreet en derhalve bij afwijking van de verkavelingsvergunning.

Het tweede middelonderdeel mist feitelijke grondslag.

Derde middel

14. De verzoeker voert de schending aan van de motiveringswet, artikel 5.1.0, eerste en tweede lid van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en gewestplannen “in combinatie met de onwettigheid (artikel 159 Grondwet) van de verkavelingsvergunning van 11 mei 2004 en van de stedenbouwkundige vergunning van 2 mei 2005 (….) waarvan de bestreden vergunning afwijkingen toestaat”.

De verzoeker betoogt wat volgt:

> “Zowel de verkavelingsvergunning nr. 2003/0011 (ref R-O Vlaanderen 297-V-417) van 11 mei 2004, afgeleverd aan de NV PROMOCONSTRUCT tot het oprichten van 7 kavels met als bestemming handelsruimten, één/of meergezinswoningen, parking bufferbekkens, groenzone en voetpad, als de stedenbouwkundige vergunning nr. 2004/0104 van 2 mei 2005 voor het bouwen van handelsruimten en woongelegenheden vormen een schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering en evenzeer de bestreden beslissing(en) zijn niet gemotiveerd zoals hierna blijkt :
>
> De wet op de motiveringsplicht van bestuurshandelingen heeft tot gevolg dat enkel met de in het bestreden besluit vermelde redengeving rekening kan worden gehouden.
>
> Dat uit (...) artikel 5,1.0 van het betrokken KB blijkt dat handel, dienstverlening, ambacht of kleinbedrijf slechts kan worden toegestaan op voorwaarde dat zij niet wegens de ‘taken’ van bedrijf die zij uitvoeren, om redenen van goede ruimtelijke ordening, in een daartoe aangewezen gebied moet worden afgezonderd, m.a.w. dat zij bestaanbaar zijn met de bestemming woongebied en dat zij verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving.
>
> Dat bij het beoordelen van de bestaanbaarheid met de bestemming woongebied, rekening moet worden gehouden met de aard en de omvang van de handel/het bedrijf, waardoor dat laatste inzonderheid om redenen van ruimtelijke ordening niet in het betrokken woongebied mag worden ingeplant, ofwel wegens het hinderlijk of storend karakter van het bedrijf ofwel wegens het bijzonder karakter van het woongebied.
>
> Bij de beoordeling van de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving, dient uitgegaan te worden van de specifieke kenmerken van de onmiddellijke omgeving die voornamelijk afhankelijk zijn van de aard en het gebruik of de bestemming van de in die omgeving bestaande gebouwen of open ruimten.
>
> Welnu, de redengevingen van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Tervuren in de bestreden beslissing alsook in de eerder afgeleverde verkavelings- en stedenbouwkundige vergunningen waarvan de bestreden beslissing de regularisatie van de afwijkingen ervan heeft aanvaard, geven niet aan waarom :

- de creatie van 7 kavels met als bestemmingen handelsruimten, één - en/of meergezinswoningen, parking met bufferbekkens, groene zone, voetpad (zie verkavelingsvergunning dd. 10 mei 2004)
- het bouwen van twee handelsruimten en woongelegenheden (zie stedenbouwkundige vergunning dd. 2/5/2005
- de afwijkingen van de stedenbouwkundige vergunning van 2/5/05 en van de verkavelingsvergunning van 10 mei 2004 verenigbaar zijn met de behoorlijke aanleg van de onmiddellijke omgeving en de plaats niet in het gedrang brengen.

Uit niets blijkt in deze drie vergunningen, dat de vergunningsverlenende overheid de onmiddellijke omgeving alsook de aard en de omvang van het project (de handels- en residenti(ë)le gebouwen met parking en de regularisatie van de afwijkingen) in haar beoordeling heeft betrokken.

Welnu, in casu ervaart verzoeker en zijn gezin wel degelijk hinder en inbreuk op de privacy (...).

In deze drie vergunningen gaat de vergunningsverlenende overheid niet na of het voorwerp van de aanvragen niet zou kunnen leiden tot abnormale burenhinder, tot de schending van de privacy, tot een verstoring van het straatbeeld.

De bestreden beslissing steunt op een eerder afgeleverde verkavelingsvergunning en een stedenbouwkundige vergunning die in casu buiten toepassing moeten worden gelaten wegens strijdigheid met de wet.

Bovendien steunt de afgeleverde verkavelingsvergunning op een aanvraag die geen me(l)ding maakt van bestaande erfdienstbaarheden die de gronden van de verkavelingsvergunning bezwaren in het voordeel van de eigendom van verzoeker (zie supra). De aanvraag werd ingediend in strijd met artikel 133,2 DRO en zodoende is de verkavelingsvergunning van 11 mei 2004 nietig, zoniet zonder effect.

De bestreden vergunning die een afwijking uitmaakt van eerdere onwettig afgeleverde vergunningen is nietig".

Beoordeling

15. Aangezien de voormelde verkavelingsvergunning van 10 mei 2004 en de voormelde stedenbouwkundige vergunning van 2 mei 2005 geen reglementair karakter hebben kan de beweerde onwettigheid ervan niet meer op grond van artikel 159 van de Grondwet worden ingeroepen om de wettigheid van de thans bestreden besluiten te betwisten.

De bestreden stedenbouwkundige vergunning is blijkens de bewoordingen ervan eensdeels "in overeenstemming met de verkavelingsvoorschriften" en bevat anderdeels afwijkingen "in verband met het uiterlijk". Wat betreft de "beperkte wijzigingen" die in overeenstemming zijn met de verkavelingsvoorschriften wordt aangenomen in de bestreden akte dat zij "zonder enige impact" zijn en er "geen redenen van goede ruimtelijke ordening (zijn) die zich verzetten tegen de regularisatie van deze elementen". Wat betreft de toegestane afwijkingen bij toepassing van artikel 49 van het gecoördineerde decreet wordt in de bestreden akte onder meer aangenomen dat deze afwijkingen "betrekking

(hebben) op accessoire elementen van de aanvraag, die op generlei wijze een invloed hebben op de essentiële ordening die met de verkavelingsvergunning werd beoogd" en "de essentiële elementen van het plan niet in het gedrang brengen". Het college van burgemeester en schepenen heeft de bezwaren van de verzoeker in verband met mogelijke hinder en schending van de privacy op uitdrukkelijke en uitvoerige wijze weerlegd bij besluit van 21 januari 2008 dat werd overgenomen in de bestreden stedenbouwkundige vergunning. Mede gelet op het definitief karakter van de voormelde verkavelingsvergunning wordt in de gegeven omstandigheden aangenomen dat de bestreden stedenbouwkundige vergunning wel degelijk afdoende gemotiveerd is.

Het middel is ongegrond.

Vierde middel

16. De verzoeker voert de schending aan van de artikelen 107 en 111bis DRO.

De verzoeker betoogt wat volgt:

> "In de bestreden vergunning wordt de aanvraag omschreven als 'het regulariseren van afwijkingen van de eerdere stedenbouwkundige vergunning nr. 2004/0101' (...).
>
> In werkelijkheid heeft de bestreden vergunning betrekking op het regulariseren van afwijkingen van de eerdere stedenbouwkundige vergunning en van het regulariseren van afwijkingen van een eerdere verkavelingsvergunning. Er vonden twee verschillende openbare onderzoeken plaats met elk een ander voorwerp.
>
> Het blijft een raadsel hoe men bestaande afwijkingen van een verkavelingsvergunning die tevens een inbreuk uitmaken op de eerder afgeleverde stedenbouwkundige vergunning kan regulariseren in één en dezelfde vergunning waarin bestaande inbreuken/afwijkingen van die voormelde stedenbouwkundige vergunning worden toegestaan. Deze laatste vergunning kan slechts worden toegestaan nadat de afwijkingen op de verkavelingsvergunning zijn toegestaan en binnen het licht hiervan.
>
> Artikel 107, tweede lid is geschonden inzoverre de aanvrager niet duidelijk heeft vermeld in zijn aanvraag van welke vergunningen een wijziging(en) wordt gevraagd en welke aanvragen hij daartoe heeft ingeleid.
>
> De bestreden vergunning vermeld (sic) slechts één aanvraag : hetzij het regulariseren van afwijkingen van de stedenbouwkundige vergunning.
>
> Artikel 111 bis DRO is geschonden vermits de bestreden beslissing niet aangeeft waarom de regularisatie (in één enkele beslissing) van afwijkingen op een verkavelingsvergunning die tevens een afwijking zijn op een stedenbouwkundige vergunning niet strijdig is met de goede ruimtelijke ordening".

Beoordeling

17. Het is niet betwist dat de gemeente Tervuren op het ogenblik van het nemen van het eerste bestreden besluit niet voldeed aan de voorwaarden gesteld in het toen geldende artikel 193 DRO. De bestreden stedenbouwkundige vergunning werd aldus verleend overeenkomstig de bepalingen van het gecoördineerde decreet vermeld in artikel 193 DRO. Gelet op de niet-toepasselijkheid van de door de verzoeker ingeroepen artikelen 107 en 111bis DRO mist het middel juridische grondslag.

Er is de Raad van State geen bepaling bekend die het verbiedt om afwijkingen op de verkavelingsvergunning bij toepassing van artikel 49 van het gecoördineerde decreet en de regularisatie van zonder vergunning uitgevoerde werken in één enkele stedenbouwkundige vergunning toe te laten.

Uit de bij de aanvraag gevoegde nota's van de architect van de tussenkomende partij blijkt dat de aanvraag zowel betrekking heeft op afwijkingen van de verkavelingsvergunning als op de regularisatie van de afwijkingen van de stedenbouwkundige vergunning van 2 mei 2005.

Uit de bespreking van het derde middel is tot slot gebleken dat in de bestreden stedenbouwkundige vergunning redenen zijn opgegeven waarom de vergunde afwijkingen van de verkavelingsvergunning niet strijdig zijn met de goede ruimtelijke ordening.

Het middel is ongegrond.

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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van twintig oktober 2010, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Roger Stevens,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,

bijgestaan door

Astrid Truyens,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Astrid Truyens **Roger Stevens**