

RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

ARREST

van 26 maart 2019 met nummer RvVb-A-1819-0766
in de zaak met rolnummer 1617-RvVb-0188-A

Verzoekende partij	de heer Francis VAN DEN ABEELE , wonende te 9290 Berlare, Blauwhofdreef 11 a waar ook woonplaats wordt gekozen
Verwerende partij	de deputatie van de provincieraad van OOST-VLAANDEREN
Tussenkommende partijen	1. de heer Johan KRIJGSMAN 2. mevrouw Delfine DE WINTER vertegenwoordigd door advocaat Wim DE LANGHE met woonplaatskeuze op het kantoor te 9160 Lokeren, Gentsesteenweg 10 bus 001

I. BESTREDEN BESLISSING

De verzoekende partij vordert met een aangetekende brief van 23 november 2016 de vernietiging van de beslissing van de verwerende partij van 13 oktober 2016.

De verwerende partij heeft het administratief beroep van de verzoekende partij tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Berlare van 1 juli 2016 niet ingewilligd.

De verwerende partij heeft aan de tussenkommende partijen een voorwaardelijke stedenbouwkundige vergunning verleend voor de regularisatie van een afsluiting in het kader van terreinaanleg rond woning, met uitsluiting van de betonverhardingen en de ophoging, op een perceel gelegen te 9290 Berlare, Blauwhofdreef 13, met als kadastrale omschrijving afdeling 1, sectie A, nummer 411C.

II. VERLOOP VAN DE RECHTSPLEGING

1.

De tussenkommende partijen verzoeken met een aangetekende brief van 2 februari 2017 om in de procedure tot vernietiging tussen te komen.

De voorzitter van de Raad verleent de tussenkommende partijen met een beschikking van 1 maart 2017 toelating om in de debatten tussen te komen.

2.

De verwerende partij dient een antwoordnota en het administratief dossier in. De tussenkomende partijen dienen een schriftelijke uiteenzetting in. De verzoekende partij dient een wederantwoordnota in. De verwerende partij dient geen laatste nota in. De tussenkomende partijen dienen een laatste schriftelijke uiteenzetting in.

De partijen zijn opgeroepen voor de openbare zitting van 27 maart 2018, waarna de kamervoorzitter ambtshalve beslist om de behandeling van de zaak uit te stellen naar de openbare zitting van 3 april 2018.

3.

Op de openbare zitting van 3 april 2018 behandelt de kamervoorzitter de vordering tot vernietiging.

Alle procespartijen verschijnen schriftelijk.

4.

Het decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (DBRC-decreet) en het besluit van de Vlaamse regering van 16 mei 2014 houdende de rechtspleging voor sommige Vlaamse bestuursrechtscolleges (Procedurebesluit) zijn toegepast. De artikelen 37 en 38 DBRC-decreet zijn van toepassing zoals gewijzigd door het decreet van 9 december 2016.

III. FEITEN

1.

De tussenkomende partijen zijn eigenaars van een gezinswoning die met een stedenbouwkundige vergunning, verleend op 11 februari 2014 door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Berlare, werd verbouwd. Deze woning, aanvankelijk voorzien met één bouwlaag onder zadeldak, kreeg twee bouwlagen onder plat dak en een terras met een diepte van vier meter aan te leggen over de volledige breedte van de woning. Het aangevraagde zwembad werd uit de vergunning gesloten.

Op 16 maart 2016 werd een proces-verbaal opgesteld voor het plaatsen van een afsluiting tussen de percelen van de verzoekende en de tussenkomende partijen, en voor het mogelijks dempen van de waterloop.

2.

De tussenkomende partijen dienen op 11 april 2016 bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Berlare een regularisatieaanvraag in voor een stedenbouwkundige vergunning voor *“terreinaanleg rond woning”* op een perceel gelegen te 9290 Berlare, Blauwhofdreef 13. De tussenkomende partijen erkennen dat de terreinaanlegwerken afwijken van de in 2014 verleende vergunning.

Het perceel ligt volgens de bestemmingsvoorschriften van het gewestplan ‘Dendermonde’, vastgesteld met koninklijk besluit van 7 november 1978, in woongebied.

Het perceel ligt ook binnen de grenzen van het gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan ‘Donk’, goedgekeurd op 4 juni 2009, in een zone voor open en halfopen bebouwing.

Tijdens het openbaar onderzoek, georganiseerd van 4 mei 2016 tot en met 2 juni 2016, dient de verzoekende partij het enige bezwaarschrift in, met verduidelijking (van de bijgevoegde foto's) per e-mail van 29 mei 2016.

Het agentschap Wegen en Verkeer adviseert op 4 mei 2016 ongunstig.

De Polder 'Tussen Schelde en Durme' adviseert op 12 mei 2016 gunstig.

De gemeentelijke stedenbouwkundige ambtenaar adviseert op 28 juni 2016 ongunstig:

“ ...

De aanvraag behelst een vraag tot afwijking van de voorschriften van het RUP in toepassing van art. 4.4.1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening voor wat betreft het materiaalgebruik en de afmeting van de afsluitingen.

(...)

Toetsing aan de goede ruimtelijke ordening

(...)

Het openbaar onderzoek, gehouden van 04/05/2016 tot 02/06/2016, heeft twee bezwaarschriften opgeleverd. De bezwaren halen verschillende aspecten aan en werden gestaafd met fotomateriaal. De afsluiting ter hoogte van de linkse perceelgrens voldoet niet aan de bepalingen van het RUP qua hoogte en materiaal. Hiervoor werd een afwijking gevraagd in toepassing van artikel 4.4.1. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening. De voorschriften van het RUP werden opgemaakt om het groene en open karakter van deze omgeving te vrijwaren. De afsluiting in dit ontwerp heeft wel een open karakter, maar strookt inderdaad niet met het groene karakter van de omgeving. De vraag tot afwijking van de voorschriften kan niet worden toegestaan.

Voorts werd in de bezwaren aangehaald dat de officiële waterloop achteraan op het perceel gedempt werd, zonder vergunning. Dit werd gestaafd met beeldmateriaal van voor en na de werkzaamheden. Het klopt inderdaad dat hier een ophoging gebeurd werd. Het advies van het polderbestuur 'Tussen Schelde en Durme' van 12/05/2016 is gunstig. Het polderbestuur is van oordeel dat de geplande werken geen schadelijke invloed zullen hebben op de waterhuishouding in de omgeving. Toch werd de grond op deze locatie opgehoogd zonder stedenbouwkundige vergunning. Dit werd ook duidelijk a.d.h.v. de foto's die bij het bezwaar toegevoegd werden. Uit het aanvraagdossier blijkt dit niet. De aanvraag werd dus inderdaad niet naar waarheid opgesteld. Het perceel uit de aanvraag werd aanzienlijk opgehoogd, waarbij een hoogteverschil van minstens 40cm te merken valt bij de percelen naast het goed. Er werden geen maatregelen getroffen om eventuele wateroverlast naar de aanpalende percelen tegen te gaan. Dit is onverantwoord. Het bezwaar wordt dan ook als gegrond beschouwd.

Bijkomend werd opgemerkt in de bezwaren dat het gebruikte materiaal voor de oprit (beton) in strijd is met het RUP. Volgens de voorschriften van het RUP wordt inderdaad gesteld dat de verhardingen in kleinschalige, waterdoorlatende materialen dienen aangelegd te worden. Dit is inderdaad niet het geval voor de oprit, het looppad en het achterliggende terras. Deze verharding is tevens niet in overeenstemming met het groene karakter van de omgeving en komt zwaar en hard over naar het straatbeeld. In combinatie met de vele hoeveelheid steenslag dat vrijwel de gehele voortuinstrook bedekt, kunnen we stellen dat dit vanuit ruimtelijk oogpunt onaanvaardbaar wordt. De geest van het ruimtelijk uitvoeringsplan wordt hiermee teniet gedaan en het groene karakter van de omgeving komt hierdoor in het gedrang. Mede gelet op de ophoging van het perceel en

het dempen van de gracht zal dit in combinatie met de verharding voor problemen kunnen zorgen voor de aanpalende percelen. De aanpalende percelen worden door de aanvraag op deze manier gehypothekeerd. Dat kan niet de bedoeling zijn.

De aanvraag heeft een negatieve invloed op de goede ruimtelijke ordening en kan, gelet op de bovenstaande motivering, niet als stedenbouwkundig verantwoord worden beschouwd.

(...)

Opmerking

De betonverharding, de ophoging van het perceel en de afsluiting langsheen de linkse perceelsgrens dienen te worden verwijderd. Aan de lokale politie zal gevraagd worden een proces-verbaal op te stellen.

...

Het college van burgemeester en schepenen verleent op 1 juli 2016 een (gedeeltelijke) stedenbouwkundige vergunning onder voorwaarden aan de tussenkomende partijen. Het college beslist:

“ ...

De aanvraag behelst een vraag tot afwijking van de voorschriften van het RUP in toepassing van art.4.4.1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening voor wat betreft het materiaalgebruik en de afmeting van de afsluitingen.

(...)

Toetsing aan de goede ruimtelijke ordening

(...)

Het openbaar onderzoek, gehouden van 04/05/2016 tot 02/06/2016, heeft twee bezwaarschriften opgeleverd. De bezwaren halen verschillende aspecten aan en werden gestaafd met fotomateriaal. De afsluiting ter hoogte van de linkse perceelgrens voldoet niet aan de bepalingen van het RUP qua hoogte en materiaal. Hiervoor werd een afwijking gevraagd in toepassing van artikel 4.4.1. van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening. De voorschriften van het RUP werden opgemaakt om het groene en open karakter van deze omgeving te vrijwaren. De afsluiting in dit ontwerp heeft wel een open karakter, waarbij het college van burgemeester en schepenen van oordeel is dat het groene karakter van de omgeving niet geschaad wordt. De vraag tot afwijking van de voorschriften kan aldus worden toegestaan voor wat betreft deze afsluiting.

Voorts werd in de bezwaren aangehaald dat de officiële waterloop achteraan op het perceel gedempt werd, zonder vergunning. Dit werd gestaafd met beeldmateriaal van voor en na de werkzaamheden. Het klopt inderdaad dat hier een ophoging gebeurd werd. Het advies van het polderbestuur ‘Tussen Schelde en Durme’ van 12/05/2016 is gunstig. Het polderbestuur is van oordeel dat de geplande werken geen schadelijke invloed zullen hebben op de waterhuishouding in de omgeving. Toch werd de grond op deze locatie opgehoogd zonder stedenbouwkundige vergunning. Dit werd ook duidelijk a.d.h.v. de foto's die bij het bezwaar toegevoegd werden. Uit het aanvraagdossier blijkt dit niet. De aanvraag werd dus inderdaad niet naar waarheid opgesteld. Het perceel uit de aanvraag werd aanzienlijk opgehoogd, waarbij een hoogteverschil van minstens 40cm te merken valt bij de percelen naast het goed. Er werden geen maatregelen getroffen om eventuele wateroverlast naar de aanpalende percelen tegen te gaan. Dit is onverantwoord. Het bezwaar wordt dan ook als gegrond beschouwd. Bijkomend werd opgemerkt in de bezwaren dat het gebruikte materiaal voor de oprit (beton) in strijd is met het RUP.

Volgens de voorschriften van het RUP wordt inderdaad gesteld dat de verhardingen in kleinschalige, waterdoorlatende materialen dienen aangelegd te worden. Dit is inderdaad niet het geval voor de oprit, het looppad en het achterliggende terras. Deze verharding is tevens niet in overeenstemming met het groene karakter van de omgeving en komt zwaar en hard over naar het straatbeeld. In combinatie met de vele hoeveelheid steenslag dat vrijwel de gehele voortuinstrook bedekt, kunnen we stellen dat dit vanuit ruimtelijk oogpunt onaanvaardbaar wordt. De geest van het ruimtelijk uitvoeringsplan wordt hiermee teniet gedaan en het groene karakter van de omgeving komt hierdoor in het gedrang. Mede gelet op de ophoging van het perceel en het dempen van de gracht zal dit in combinatie met de verharding voor problemen kunnen zorgen voor de aanpalende percelen. De aanpalende percelen worden door de aanvraag op deze manier gehypothekeerd. Dat kan niet de bedoeling zijn.

(...)

De vergunning wordt afgegeven onder volgende voorwaarden: de betonverhardingen en de ophoging van het perceel worden uit de vergunning gesloten. Deze dienen verwijderd te worden van het terrein alsook alle constructies en verhardingen die zich op openbaar domein bevinden. Aan de lokale politie zal gevraagd worden een proces-verbaal op te stellen.

ALGEMENE VOORWAARDEN

a-c) (...)

d) Voor de aanleg van het gedeelte oprit, gelegen op het openbaar domein (tussen grens wegverharding en rooilijn), moet voorafgaand een schriftelijke goedkeuring worden verkregen van het college van burgemeester en schepenen.

e-g) (...)

h) Een zone van min 5m dient beplantingsvrij gehouden vanaf de oever van de eventuele aanpalende gracht.

i) (...)

...

Tegen deze beslissing tekent de verzoekende partij op 27 juli 2016 administratief beroep aan bij de verwerende partij.

De provinciale stedenbouwkundige ambtenaar adviseert in zijn verslag van 6 september 2016 om dit beroep in te willigen en de stedenbouwkundige vergunning te weigeren. Hij adviseert:

“ ...

1.5 Beschrijving van de omgeving, de bouwplaats en het project

Het eigendom is gelegen ten noordwesten van het centrum van Berlare, langsheen de Blauwhofdreef, die de verbinding maakt tussen Berlare en deelgemeente Donk. Het eigendom bevindt zich vlakbij de oude Scheldemeander van Overmere Donk en de ‘Eendenkom’ (Nieuw Donk).

De Blauwhofdreef wordt gekenmerkt door een lintbebouwing van voornamelijk vrijstaande eengezinswoningen met een gabariet van één tot twee bouwlagen onder platte en hellende bedaking.

Onderhavige aanvraag heeft betrekking op een perceel bebouwd met een vrijstaande eengezinswoning bestaande uit deels één bouwlaag (hoogte 3,20m) en deels twee bouwlagen (hoogte 6,04m) onder plat dak. De woning werd ingeplant op 10,32m van de rooilijn en opgericht op minimum 4,78m van de zijdelingse perceelsgrenzen. De woning is

L-vormig en overmeten 22,17m breed en 15,23m diep. Vooraan rechts werd een zwembad geïntegreerd.

De terreinaanlegwerken rond de woning werden niet volledig conform de op 11 februari 2014 afgeleverde vergunning uitgevoerd. Regularisatie wordt gevraagd voor volgende werken:

- de oprit links in de voortuinstrook en deels zijdelingse bouwvrije strook werd gerealiseerd in gepolierde beton in plaats van kiezels. Oppervlakte 84,41m².
 - de bestaande afsluiting op de linker zijdelingse scheiding werd vervangen door een nieuwe draadafsluiting met hoogte 1,70m.
 - in de rechter zijdelingse bouwvrije strook werd een jacuzzi geplaatst, half ingegraven in de grond.
 - in de tuinzone werd het terras in gepolierde beton met 90° gedraaid en werd een grondkeerwand opgetrokken. De keerwand is 22,15m breed en 0,21m diep.
 - in de patio vooraan rechts werd een zwembad geplaatst met rondom terras.
- (...)

1.9 Argumentatie appellant, hier de derde-beroepinsteller

Appellant haalt volgende argumenten aan ter staving van het beroep:

1. Visuele hinder door de 2,10m hoge afsluiting én de aanleg van de voortuin in beton en kiezel.
2. Het hemelwater kan niet meer weglopen naar de achtergelegen illegaal gedempte waterloop, maar loopt weg via de naastliggende percelen. De aanvragers hebben trouwens een misleidend dossier met onjuiste gegevens ingediend.

Appellant herhaalt de door hem tijdens het openbaar onderzoek geuite bezwaren en verwijst naar het ongunstig advies van het Agentschap Wegen en Verkeer. Tevens wordt het advies van de gemeentelijk stedenbouwkundig ambtenaar integraal vermeld, welke appellant tot de zijne maakt. De gemeentelijk stedenbouwkundig ambtenaar komt tot het besluit dat het gevraagde onaanvaardbaar is en een schending van de goede ruimtelijke ordening inhoudt. Ook het Polderbestuur geeft nu een gunstig advies terwijl zij bij de vorige aanvraag voor de ligging van het zwembad vlakbij de officiële waterloop een ongunstig advies gaf. Het Polderbestuur geeft nu een gunstig advies over een vrijwillig verkeerd voorgestelde situatie.

In detail stelt appellant vast dat de hoogte van de afsluiting niet voldoet aan de RUP-regels en er geen sprake is van een beperkte afwijking, dat de afsluiting niet het afsluiten van twee percelen als hoofddoel heeft, maar de betonplaten bedoeld zijn om de ophoging te kunnen realiseren (betonplaten steunen op sokkels welke deels op perceel appellant zijn gegoten), dat men de facto een afwijking vraagt om een illegaal feit (ophoging met wateroverlast tot gevolg) te kunnen plegen hetgeen niet kan via de afwijkingsbepalingen aangezien er niet kan afgeweken worden van bestemming.

Appellant stelt verder dat het onbegrijpelijk is dat het college een vergunning geeft voor de betonkeerwand achteraan het perceel aangezien het Polderbestuur daar eerder een ongunstig advies voor het bouwen van een zwembad gaf. Aanvragers hebben de waterloop gedempt zonder vergunning.

Verder geeft appellant aan dat het terras werd vergund door het college doch dit terras werd aangelegd bovenop een ophoging waarvoor het college geen vergunning heeft afgeleverd. Zo ook met de betonkeerwand, die werd vergund, maar dient om de grond

van de niet-vergunde ophoging tegen te houden. Zowel terras als betonkeerwand hebben tot gevolg dat hemelwater naar de aanpalende percelen vloeit.

Tenslotte stelt appellant vast dat zowel de jacuzzi als warmtepomp te kort bij de perceelsgrens zijn ingeplant, in strijd met de RUP-regels. Bovendien zijn ook jacuzzi en zwembad aangelegd op opgehoogde grond.

2. Motivering

2.1 De watertoets

Het terrein ligt niet in mogelijk overstromingsgevoelig gebied.

Het besluit van de Vlaamse regering van 5 juli 2013 houdende vaststelling van een gewestelijke stedenbouwkundige verordening inzake hemelwaterputten, infiltratievoorzieningen, buffervoorzieningen en gescheiden lozing van afvalwater en hemelwater is niet van toepassing.

Aangaande de watertoets werd op 12 mei 2016 een gunstig advies verleend door de polder 'Tussen Schelde en Durme'.

Het terrein werd wederrechtelijk opgehoogd tot tegen de scheidsgrenzen. Om wateroverlast bij de aanpalende burens te vermijden, is het essentieel dat het opgehoogde terrein niet afhelt naar deze buur. Conform het ingediende plan lijkt het opgehoogde terrein op het eerste zicht wel degelijk af te hellen naar de aanpalende percelen. Uit de door appellant aangereikte foto's blijken de op plan aangeduide hoogtematen bovendien niet correct te zijn, zodat geen correcte beoordeling kan worden gemaakt. Er werden ook geen maatregelen genomen om te voorkomen dat het hemelwater afstroomt naar de lagergelegen gronden, zoals het plaatsen van een drainagevoorziening ter hoogte van de zijdelingse perceelsgrenzen.

Vooralsnog kan niet in alle redelijkheid geoordeeld worden dat er geen schadelijk effect wordt veroorzaakt in de plaatselijke waterhuishouding, noch dat dit mag verwacht worden ten aanzien van het eigendom van de aanpalenden. De aanvraag heeft de watertoets niet goed doorstaan. De gevraagde ophoging tot tegen de zijdelingse perceelsgrenzen kan niet worden toegestaan. Bijgevolg komt ook de grondkeerwand niet voor vergunning in aanmerking.

Wat de achterliggende waterloop betreft, heeft de Polder in een aanvullende mail van 16 juni 2016 het volgende verduidelijkt: "Op de bijgevoegde bijlage bij deputatiebesluit van december 2011 is duidelijk de gedeeltelijke afschaffing van wlp 18 te zien. Op papier is wlp 18 afgeschaft tot halverwege de achtergrens van perceel 411C (Krijgsman – De Winter). In de realiteit is het eerste stuk van wlp 18 gedempt tot de perceelsgrens met perceel 411G (F. Van den Abbeele). Het gedempte gedeelte van wlp 18 dateert al van lange tijd voor de heer en mevrouw Krijgsman – De Winter het perceel hebben aangekocht. Voor de polder is er geen probleem. Vanaf de scheidingsgrens tussen percelen 411C en 411G is de wlp open."

(...)

2.3 De juridische aspecten

a) Overeenstemming met het RUP "Donk"

De aanvraag dient getoetst aan de stedenbouwkundige voorschriften van het RUP "Donk" zoals goedgekeurd door deputatie op 4 juni 2009. De aanvraag is gelegen in een zone voor open en halfopen bebouwing (artikel 3).

Volgende stedenbouwkundige voorschriften zijn van toepassing op de aanvraag:

° bijgebouwen worden opgericht onder volgende voorwaarden:

- Inplanting ofwel op de perceelsgrens ofwel op minimum 2 meter van de perceelsgrens;*
- De bijgebouwen dienen steeds naast of achter het hoofdgebouw geplaatst worden;*
- De kroonlijsthoogte van de bijgebouwen op de perceelsgrens bedraagt maximaal 3m. Onder een hoek van 30° mag de nokhoogte opklimmen tot maximaal 4m. Alle technische installaties zijn begrepen binnen deze afmetingen.*

° verhardingen: de voortuinen die palen aan een woning mogen tot maximaal 50% verhard worden in functie van de inrichting van toegangspaden tot de woning en de tuin, oprit of parkeerplaatsen. De verhardingen dienen in kleinschalige, waterdoorlatende materialen aangelegd te worden.

° niet-verharde delen: de delen van het perceel die niet bebouwd of verhard worden zijn bestemd voor de aanleg van een tuin, met overwegend groenaanplantingen bestaande uit gazon, heesters, bomen, ...

° afsluitingen: de afscheidingen tussen de percelen worden uitgevoerd in levende hagen of als draad op paal met een maximale hoogte van 1,20m. Alle andere afscheidingen zijn verboden. In de voortuin kunnen kleine muurtjes worden opgetrokken met een maximale hoogte van 0,50m.

De aanvraag is op volgende punten strijdig met voormelde voorschriften:

- 1. Verhardingen: de voortuinstrook is nagenoeg volledig verhard, grotendeels met kiezelsteen, voor een beperkte oppervlakte in niet-waterdoorlatende gepolierde beton.*
- 2. Afsluitingen: de afsluiting tussen het perceel van de aanvraag en het linksaanpalende perceel heeft een hoogte van 1,70m gemeten vanop het terrein van de aanvraag. Vanop het perceel van de linksaanpalende eigenaar meet de afsluiting circa 2,10m (hoogteverschil van 35 à 40cm).*

Op de foto's is bovendien duidelijk te zien dat deze afsluiting ook in de voortuinstrook aanwezig is, terwijl de voorschriften in de voortuin slechts een hoogte van 50cm toelaten.

De voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan hebben bindende en verordenende kracht.

Artikel 4.4.1. §1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening bepaalt dat (...)

De gevraagde afwijkingen kunnen bezwaarlijk 'beperkt' worden genoemd:

1. De verharde oppervlakte in de voortuinstrook bedraagt ongeveer 90% van de totale oppervlakte, dit is bijna het dubbele van hetgeen volgens de voorschriften van het RUP toegelaten. Bovendien is het uitgangspunt van dit voorschrift om het groene karakter van de voortuinstrook en bij uitbreiding het straatbeeld te bewaren. Met voorliggende afwijking wordt geraakt aan de essentie van dit voorschrift, waardoor de afwijking niet als beperkt kan worden beschouwd.

2. De hoogte van de afsluitingen mag volgens de voorschriften maximaal 1,20m bedragen en in de voortuinstrook dient de hoogte zelfs beperkt tot 0,50m. In casu werd een afsluiting geplaatst met een hoogte van 1,70m tov het maaiveld van het terrein van de aanvraag. Als gevolg van de wederrechtelijk uitgevoerde ophoging bedraagt de hoogte van de afsluiting ten opzichte van het oorspronkelijke maaiveld (niveau linksaanpalende eigendom) ongeveer 2,10m. Dergelijke hoogte kan niet meer als een beperkte afwijking worden beschouwd ten opzichte van de voorschriften. De voorschriften van het RUP

werden opgemaakt om het groene en open karakter van deze omgeving te vrijwaren. De afsluiting in dit ontwerp heeft wel een open karakter, maar strookt inderdaad niet met het groene karakter van de omgeving.

Zowel de afsluiting als verharding van de voortuinstrook komen niet voor vergunning in aanmerking.

b) Ongunstig advies AWV

Het eigendom bevindt zich langsheen een gewestweg. In eerste aanleg werd advies gevraagd aan het Agentschap Infrastructuur, Wegen en Verkeer, district Sint-Niklaas. Het Agentschap verleende op 4 mei 2016 een ongunstig advies (zie rubriek 1.3).

Artikel 4.3.3. VCRO bepaalt dat (...)

Uit het advies van de wegbeheerder blijkt dat de aanvraag in strijd is met het decreet houdende vaststelling en realisatie van rooilijnen van 8 mei 2009 én met de bepalingen van het koninklijk besluit van 20/08/1934 betreffende de wegen Erfdienstbaarheid "non aedificandi".

De aanvraag is dus strijdig met de direct werkende normen van dit koninklijk besluit, zodat m.a.w. ook het advies van het agentschap Wegen en Verkeer bindend is.

c) Toetsing aan het besluit van de Vlaamse regering van 28 mei 2004 (en wijzigingen) betreffende de dossiersamenstelling van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning

Ingevolge artikel 3,2°,b,4 van dit besluit moet op het ingediend plan het volgende aangeduid zijn: "de vermelding welke werken, handelingen of wijzigingen eventueel werden uitgevoerd, verricht of voortgezet zonder vergunning en voor welke van die werken, handelingen of wijzigingen een stedenbouwkundige vergunning wordt aangevraagd".

Op onderhavig plan valt onmogelijk af te leiden welke werken zonder vergunning werden uitgevoerd, en dus ook van welke werken thans de regularisatie gevraagd wordt. In de beschrijvende nota wordt weliswaar een opsomming gegeven van de te regulariseren werkzaamheden, maar het blijft onduidelijk of bijvoorbeeld de constructie rechts van het zwembad met oppervlakte 14,40m² werd vergund, of de gerealiseerde ophoging werd vergund, of de volledige aanleg van de voortuinstrook in kiezelsteen werd vergund...

Bovendien blijkt het inplantingsplan niet met de werkelijkheid te stroken. Het plan doet vermoeden dat enkel rondom de woning en ter hoogte van het terras werd opgehoogd en dat ter hoogte van de scheiding met de aanpalende percelen achteraan het oorspronkelijke maaiveld behouden blijft. Uit de foto's ingediend door appellant bij zijn beroepsschrift (en ingediend naar aanleiding van het openbaar onderzoek) blijkt evenwel dat het terrein ter hoogte van de scheiding met het linksaanpalende perceel werd opgehoogd met circa 40cm, dit over de volledige diepte van het perceel.

De op plan aangeduide hoogtematen komen aldus niet overeen met de reële situatie.

Uit het bovenvermelde blijkt duidelijk dat het ingediend plan foutief en misleidend is. De Raad van State heeft reeds meermaals beslist dat, indien de onvolledigheid van de

aanvraag de overheid verhindert haar taak naar behoren uit te voeren, dit leidt tot de onwettigheid van de eventuele vergunning (R.v.St., Bultreys, nr. 31.288, 4 november 1988; R.v.St. Vermeiren e.a., nr. 72.643, 23 maart 1998; ...).

2.4 De goede ruimtelijke ordening

*Gelet op bovenvermelde onoverkomelijke legaliteitsbelemmering voor het afleveren van een vergunning, zijn verdere opportuniteitsafwegingen niet meer relevant.
..."*

De verzoekende partij reageert op dit verslag met een replieknota van 21 september 2016.
De tussenkommende partijen doen dat op 23 september 2016.

Na de hoorzitting van 27 september 2016 verklaart de verwerende partij het beroep op 13 oktober 2016 ongegrond en verleent een stedenbouwkundige vergunning, uitsluitend voor wat betreft de afsluiting, onder de voorwaarden zoals opgenomen in het besluit van het college van burgemeester en schepenen. De verwerende partij beslist:

*"...
Gelet op het andersluidend advies van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar van 6 september 2016.
(...)
Gelet op de replieken ingediend naar aanleiding van en/of geformuleerd tijdens de hoorzitting;
(...)"*

2. Motivering

2.1 De watertoets

Het terrein ligt niet in mogelijk overstromingsgevoelig gebied.

Het besluit van de Vlaamse regering van 5 juli 2013 houdende vaststelling van een gewestelijke stedenbouwkundige verordening inzake hemelwaterputten, infiltratievoorzieningen, buffervoorzieningen en gescheiden lozing van afvalwater en hemelwater is niet van toepassing.

Wat de door appellant aangehaalde afvloeit van hemelwater betreft dient gesteld dat de aanvrager dient te voldoen aan de bepalingen van artikel 640 van het burgerlijk wetboek: "Lager gelegen erven zijn jegens de hoger liggende gehouden het water te ontvangen dat daarvan buiten 's mensen toedoen natuurlijk afloopt.

De eigenaar van het lager gelegen erf mag geen dijk opwerpen waardoor de afloop verhinderd wordt.

De eigenaar van het hoger gelegen erf mag niets doen waardoor de erfdienstbaarheid van het lager gelegen erf verzwakt wordt."

Het is aan de burgerlijke rechtbanken om zich over dit gegeven uit te spreken.

Artikel 42.22 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening bepaalt immers dat stedenbouwkundige vergunning worden verleend onder voorbehoud van burgerlijke rechten.

(...)

2.3 De juridische aspecten

De aanvraag dient getoetst aan de stedenbouwkundige voorschriften van het RUP 'Donk' zoals goedgekeurd door deputatie op 4 juni 2009. De aanvraag is gelegen in een zone voor open en halfopen bebouwing (artikel 3).

Volgende stedenbouwkundige voorschriften zijn van toepassing op de aanvraag:

° bijgebouwen worden opgericht onder volgende voorwaarden:

- Inplanting ofwel op de perceelsgrens ofwel op minimum 2 meter van de perceelsgrens;
- De bijgebouwen dienen steeds naast of achter het hoofdgebouw geplaatst worden;
- De kroonlijsthoogte van de bijgebouwen op de perceelsgrens bedraagt maximaal 3m. Onder een hoek van 30° mag de nokhoogte opklimmen tot maximaal 4m. Alle technische installaties zijn begrepen binnen deze afmetingen.

° verhardingen: de voortuinen die palen aan een woning mogen tot maximaal 50% verhard worden in functie van de inrichting van toegangspaden tot de woning en de tuin, oprit of parkeerplaatsen. De verhardingen dienen in kleinschalige, waterdoorlatende materialen aangelegd te worden.

° niet-verharde delen: de delen van het perceel die niet bebouwd of verhard worden zijn bestemd voor de aanleg van een tuin, met overwegend groenaanplantingen bestaande uit gazon, heesters, bomen, ...

° afsluitingen: de afscheidingen tussen de percelen worden uitgevoerd in levende hagen of als draad op paal met een maximale hoogte van 1,20m. Alle andere afscheidingen zijn verboden. In de voortuin kunnen kleine muurtjes worden opgetrokken met een maximale hoogte van 0,50m.

De aanvraag is op volgende punten strijdig met voormelde voorschriften:

1. Verhardingen: de voortuinstrook is nagenoeg volledig verhard, grotendeels met kiezelsteen, voor een beperkte oppervlakte in niet-waterdoorlatende gepolierde beton.

2. Afsluitingen: de afsluiting tussen het perceel van de aanvraag en het linksaanpalende perceel heeft een hoogte van 1,70 m gemeten vanop het terrein van de aanvraag. Vanop het perceel van de linksaanpalende eigenaar meet de afsluiting circa 2,10 m (hoogteverschil van 35 à 40 cm).

Op de foto's is bovendien duidelijk te zien dat deze afsluiting ook in de voortuinstrook aanwezig is, terwijl de voorschriften in de voortuin slechts een hoogte van 50 cm toelaten.

De voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan hebben bindende en verordenende kracht.

Artikel 4.4.1. §1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening bepaalt (...)

De verharde oppervlakte in de voortuinstrook bedraagt ongeveer 90% van de totale oppervlakte, dit is bijna het dubbele van hetgeen volgens de voorschriften van het RUP toegelaten. Bovendien is het uitgangspunt van dit voorschrift om het groene karakter van de voortuinstrook en bij uitbreiding het straatbeeld te bewaren. Met voorliggende afwijking wordt geraakt aan de essentie van dit voorschrift, waardoor deze afwijking niet als beperkt kan worden beschouwd.

Ook de ophoging van het terrein dient uit de vergunning gesloten.

De hoogte van de afsluitingen mag volgens de voorschriften maximaal 1,20 m bedragen en in de voortuinstrook dient de hoogte zelfs beperkt tot 0,50 m. In casu werd een afsluiting geplaatst met een hoogte van 1,70 m tov het maaiveld van het terrein van de aanvraag. Als gevolg van de wederrechtelijk uitgevoerde ophoging bedraagt de hoogte van de afsluiting ten opzichte van het oorspronkelijke maaiveld (niveau linksaanpalende eigendom) ongeveer 2,10 m. Dergelijke hoogte kan als een beperkte afwijking worden beschouwd ten opzichte van de voorschriften.

Het gevraagde ligt in de lijn van wat de decreetgever als een ingreep met beperkte ruimtelijke impact beschouwd heeft, cfr. het vrijstellingsbesluit.

2.4 De goede ruimtelijke ordening

Enkel de afsluiting doorstaat de legaliteitstoets.

Deze afsluiting doorstaat tevens de opportuniteitstoets, ze is amper hoger dan hetgeen volgens de decreetgever te beschouwen is als een werk met een beperkte ruimtelijke impact, en zou zonder vergunning gerealiseerd kunnen worden, ware het niet dat dit terrein binnen de perimeter van een rup ligt.

De gevraagde afwijking in hoogte van de afsluiting is niet van die aard dat deze afsluiting hierdoor een ruimtelijk onaanvaardbare impact heeft op de omgeving, wel integendeel.

2.5 Conclusie

Uit wat voorafgaat dient besloten dat het derdenberoep niet voor inwilliging vatbaar is.

Stedenbouwkundige vergunning kan gedeeltelijk worden verleend onder de voorwaarden zoals opgenomen in het bestreden besluit.

1. BESLUIT

(...)

Stedenbouwkundige vergunning wordt verleend voor wat betreft de afsluiting volgens ingediend plan, onder volgende voorwaarde:

De betonverhardingen en de ophoging van het perceel worden uit de vergunning gesloten.

De algemene voorwaarden zoals opgenomen in het bestreden besluit zijn na te leven.

...

Dit is de bestreden beslissing.

IV. ONTVANKELIJKHEID VAN DE TUSSENKOMST

Uit het dossier blijkt dat het verzoek tot tussenkomst tijdig en regelmatig is ingesteld. Er worden geen excepties opgeworpen.

V. ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERING TOT Vernietiging

A. Ontvankelijkheid wat betreft de tijdigheid van de vordering

Uit het dossier blijkt dat de vordering tijdig is ingesteld. Er worden daarover geen excepties opgeworpen.

B. Ontvankelijkheid wat betreft het belang van de verzoekende partij

Standpunt van de partijen

1.

De verzoekende partij steunt haar belang als derde-belanghebbende op het gegeven dat ze eigenaar-bewoner is van een aanpalende woning. Ze geeft aan dat ze dagelijks zichthinder ondervindt van de vergunde afsluiting die volgens haar met een niet vergunde ophoging is tot stand gekomen en gerealiseerd werd tot tegen haar perceelsgrens terwijl de sokkels voor deze afsluiting ook deels op haar eigendom gegoten zijn.

2.

De tussenkomende partijen betwisten dit belang en stellen dat een en ander kadert in een ordinaire burenruzie.

Ze menen dat de verzoekende partij de aangevoerde zichthinder niet aannemelijk maakt aangezien deze aan de andere zijde van haar eigendom tegen een gelijkaardige afsluiting aankijkt. Ze wijzen erop dat enkel de burgerlijke rechter bevoegd is uitspraak te doen over een eventuele grensbetwisting.

3.

In haar wederantwoordnota stelt de verzoekende partij dat het voldoende is dat ze de aangevoerde hinder aannemelijk maakt. Ze wijst er ook op dat ze in het kader van het openbaar onderzoek werd aangeschreven. Tot slot merkt ze op dat door de niet-vergunde ophoging het hemelwater naar haar perceel afvloeit.

4.

In haar laatste nota wijzen de tussenkomende partij erop dat, voor het toekennen van een belang, het niet voldoende is dat de verzoekende partij eigenaar is van een naastgelegen woning of dat ze werd aangeschreven in het kader van het openbaar onderzoek. De tussenkomende partijen benadrukken dat de hinder of nadelen voldoende waarschijnlijk of aannemelijk moet worden gemaakt.

Beoordeling door de Raad

Om als derde-belanghebbende bij de Raad een beroep te kunnen instellen, vereist artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO in principe dat de verzoekende partij, als rechtspersoon, rechtstreekse of onrechtstreekse hinder of nadelen moet kunnen ondervinden door de bestreden vergunningsbeslissing.

De verzoekende partij moet het mogelijke bestaan van die hinder of nadelen, of het risico of de vrees daarvoor voldoende aannemelijk maken, en de aard en de omvang ervan voldoende concreet omschrijven. Tegelijk moet ze aantonen dat er een rechtstreeks of onrechtstreeks oorzakelijk verband kan bestaan tussen de uitvoering of de realisatie van de vergunningsbeslissing en de hinder of nadelen die ze ondervindt of vreest te ondervinden.

Artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO vereist niet dat het bestaan van die hinder of nadelen absoluut zeker is. Het volstaat dat de verzoekende partij redelijkerwijze aannemelijk maakt dat er een risico bestaat dat ze de hinder of nadelen die ze aanvoert, zal moeten ondergaan.

Deze bepaling vereist ook niet dat de hinder of nadelen, of het risico op het ondergaan van die hinder of nadelen, die het gevolg moeten zijn van de bestreden vergunningsbeslissing, alleen

maar rechtstreeks door de verzoekende partij kan worden ondervonden. Het volstaat dat de verzoekende partij de aangevoerde hinder of nadelen, of het risico daarop onrechtstreeks ondervindt of kan ondervinden.

De door artikel 4.8.11, §1, eerste lid, 3° VCRO vooropgestelde belangvereiste raakt aan het grondrecht op toegang tot de rechter en mag om die reden niet op een overdreven restrictieve of formalistische wijze worden toegepast (GwH 30 september 2010, nr. 109/2010).

2.

De verzoekende partij is eigenaar en bewoner van het onmiddellijk aangrenzend perceel. Dit wordt door de tussenkomende partijen niet betwist.

Eveneens niet betwist is het gegeven dat een bestaande afsluiting tussen beide percelen door de tussenkomende partijen werd vervangen door een nieuwe, hogere afsluiting. Gemeten langs de zijde van de tussenkomende partijen bedraagt deze afsluiting volgens hen 1,70 meter. De verzoekende partij bepaalt de hoogte, gemeten langs haar zijde op 2,10 meter, met inbegrip van de betonplaat waarop de afsluiting werd bevestigd. Er is eveneens discussie over de juiste inplantingsplaats van de afsluiting (al dan niet volledig op de eigendom van de tussenkomende partijen), doch deze discussie behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken, niet van de Raad.

3.

Ter beoordeling van het bestaan van een belang kan de Raad evenwel rekening houden met de gegevens uit het gehele verzoekschrift, met inbegrip van het deel waarin de wettigheidskritiek wordt geformuleerd. Uit het ganse verzoekschrift blijkt dat de verzoekende partij zich niet enkel steunt op zichthinder tengevolge van de geplaatste, hogere afsluiting, maar eveneens bevreesd is voor wateroverlast door de wederrechtelijke ophoging op het ganse terrein. Dit komt tot uiting, niet enkel in het feitenrelaas, maar ook in haar eerste en derde middel.

4.

De Raad stelt vast dat de aanvraag een regularisatieaanvraag betreft zodat de hinder en nadelen die een verzoekende partij meent te kunnen lijden zonder meer voldoende aannemelijk moeten worden gemaakt.

Gelet op de voorstelling van de feiten en de in de bestreden beslissing niet betwiste en dus erkende wederrechtelijke ophoging van het terrein, lijkt het aannemelijk dat ook langs de zijde waar de afsluiting werd geplaatst, wateroverlast, minstens een verstoorde waterhuishouding kan optreden. Het al dan niet aanvaardbaar zijn van een afsluiting van 1,70 meter dan wel 2,10 meter belangt het onderzoek ten gronde aan, maar dat enige zichthinder aanwezig kan zijn en dat er vrees is voor een verstoorde waterhuishouding, kan niet uitgesloten worden.

De verwijzing door de tussenkomende partijen naar een afsluiting langs de andere zijde van de verzoekende partij doet het voorgaande geen afbreuk. De verzoekende partij maakt immers deel uit van een kleine verkaveling waarin bepaalde voorschriften inzake afsluitingen gelden, terwijl de tussenkomende partijen op deze voorschriften geen beroep kunnen doen.

5.

De exceptie wordt verworpen.

VI. ONDERZOEK VAN DE MIDDELEN

A. Eerste en derde middel

1.

De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van het besluit van de Vlaamse regering van 28 mei 2004 betreffende dossiersamenstelling van de aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning (hierna: Besluit Dossiersamenstelling) en de schending van de motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht.

Onder verwijzing naar haar ingediende bezwaren tijdens het openbaar onderzoek, het advies van de gemeentelijke stedenbouwkundige advies en het verslag van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar voert de verzoekende partij aan dat de wederrechtelijke ophoging van gans het aanvraagperceel een vaststaand gegeven is en dat het aanvraagplan foutieve hoogtepeilen weergeeft, terwijl het plan ook niet aangeeft welke werken er reeds zonder vergunning werden uitgevoerd. De verzoekende partij sluit zich hiermee aan bij de vaststelling van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar dat een inbreuk op het Besluit Dossiersamenstelling voorligt.

Onder verwijzing naar de foto's die ze reeds voegde bij haar administratief beroepschrift stelt de verzoekende partij dat het duidelijk is dat langsheen de scheidingslijn een ophoging van ongeveer 0,4 meter gebeurde. Ze voert aan dat het plan foutief en misleidend is en de afgeleverde vergunning onwettig.

In het verlengde hiervan voert de verzoekende partij nog aan dat de betonplaten van 40 cm eigenlijk dienst doen als keerwand om de ophoging tegen te houden. Door een foutieve hoogte op te geven en foutieve hoogtelijnen weer te geven maskeren de tussenkomende partijen het gegeven van de ophoging en het risico op wateroverlast.

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij haar beslissing genomen heeft op basis van een onjuiste voorstelling van de feitelijke elementen. Ze stelt ook vast dat de verwerende partij geen enkele moeite doet om de vaststellingen van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar te weerleggen, zodat ook de motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden.

In haar derde middel voert de verzoekende partij de schending van de watertoets aan voor zover geen rekening wordt gehouden met het dempen van een bestaande gracht.

In dit kader voert de verzoekende partij nogmaals aan dat het ganse terrein wederrechtelijk werd opgehoogd, ook tot tegen de scheidsgrenzen en ook hiervoor verwijst ze naar de vaststellingen van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar. Nogmaals stelt ze dat de op het plan aangeduide hoogtelijnen niet correct zijn. Ze bekritiseert de bestreden beslissing in de mate dat geen maatregelen werden genomen om te voorkomen dat het hemelwater afstroomt naar haar lagergelegen gronden, zoals het plaatsen van een drainagevoorziening ter hoogte van de zijdelingse perceelsgrenzen.

In het licht van deze kritiek herneemt de verzoekende partij haar argumenten uit het eerste middel in verband met de hoogte van de afsluiting en het maskeren van de betonplaten die moeten dienen om de ophoging niet alleen te ondersteunen, maar ook aan het zicht te onttrekken.

In het kader hiervan beklemtoont ze dat het aanvraagperceel vroeger lager lag.

2.

Op het eerste middel antwoordt de verwerende partij dat ze enkel de afsluiting heeft vergund en dat ze bewust was van de werkelijke situatie ter plaatse zodat ze correct heeft kunnen oordelen, weliswaar door middel van het toestaan van een afwijking.

Inzake het derde middel wordt er nogmaals op gewezen dat enkel de afsluiting wordt vergund en dat de ophoging juist niet wordt vergund.

3.

De tussenkomende partijen argumenteren dat de afsluiting wel degelijk maar 1,70 meter hoog is. Ze betwisten ook dat het terrein werd opgehoogd en voegen hieraan toe dat het de verzoekende partij is die haar tuin destijds niet aangepast heeft aan de vloerpas van haar woning. Ze verduidelijken dat er tussen de woning van de verzoekende partij en de perceelsgrens een niveauverschil is van - 0,45 meter.

In verband met het derde middel stellen de tussenkomende partijen dat hun woning een zelfde vloerpas heeft als de woning van de verzoekende partij en herhalen ze dat de tuin van deze laatste ter hoogte van de scheidingslijn 45 cm onder deze vloerpas ligt. Ze verwijzen bovendien naar de door hen bekomen vergunning tot verbouwing van de woning waaruit blijkt dat een garage mocht voorzien worden met inrit langs de zijdelingse strook tussen beide percelen, zodat het evident is dat deze strook mocht overbrugd worden, wat ook aangeduid stond op het vergunde plan. Uit dit plan blijkt volgens de tussenkomende partijen dat de garage mocht aangezet worden op -5, zodat wel degelijk een ophoging vergund werd.

4.

In haar wederantwoordnota verwijst de verzoekende partij nogmaals naar het verslag van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar. Ze herhaalt dat op het ingediende plan de hoogte van de betonplaten niet vermeld staat, zodat de werkelijke hoogte van de afsluiting 2,10 meter is en geen 1,70 meter. Ze vermeldt tevens dat het ook duidelijk is dat de gevraagde afsluiting deels op het openbaar domein staat, wat een inbreuk inhoudt op artikel 16 van het decreet houdende de vaststelling en realisatie van rooilijnen van 1 mei 2009, en illustreert dit aan de hand van foto's. Ook dit is voor haar het bewijs van de onjuistheid van het ingediende bouwplan.

Met betrekking tot het derde middel en de waterproblematiek verwijst de verzoekende partij nogmaals naar het verslag van de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar waaruit blijkt dat de ophoging tot tegen de perceelsgrenzen niet aanvaardbaar is. Ze beklemtoont dat de verwerende partij geen enkele motivering geeft waarom dit verslag op dit punt niet gevolgd wordt.

5.

In hun laatste nota herhalen de tussenkomende partijen de standpunten zoals uiteengezet in hun schriftelijke uiteenzetting.

Beoordeling door de Raad

1.

De verzoekende partij voert samengevat aan dat het aanvraagdossier onvolledig is omdat geen hoogtelijnen en terreinprofielen aangeduid staan waardoor de afsluiting misleidend werd voorgesteld want zonder rekening te houden met een wederrechtelijke ophoging. Ze voert bovendien aan dat ze door de wederrechtelijke ophoging het hemelwater, komende van het terrein van de tussenkomende partijen, moet opvangen aangezien geen drainage is voorzien.

2.

Uit de stukken van het dossier blijkt dat de voorliggende aanvraag een regularisatie-aanvraag is.

Nadat de tussenkomende partijen op 11 februari 2014 een vergunning bekomen voor het verbouwen van hun woning, waarbij het aangevraagde zwembad uit de vergunning wordt gesloten, wordt de vergunning anders uitgevoerd. Een proces-verbaal wordt opgesteld op 16 maart 2016.

De voorliggende aanvraag omvat de regularisatie van wat anders werd uitgevoerd en wordt door de tussenkomende partijen omschreven als een 'aanvraag voor technische werken en terreinaanlegwerken'. In de begeleidende nota bij de aanvraag worden de aangevraagde werken als 'regularisatie terreinaanlegwerken' omschreven:

"Het gebouw is volledig conform de vergunning van 11/02/2014 (...) gebouwd. De terreinaanlegwerken rond het gebouw wijken in zeer beperkte mate af van de verleende vergunning.

Ter regularisatie wordt nu een nieuwe aanvraag ingediend;

Het betreft:

In de voortuinstrook:

- *De oprijlaan werd uitgevoerd in gepolierde beton in plaats van kiezels*

In de linker zijtuinstrook:

- *De oprijlaan werd uitgevoerd in gepolierde beton in plaats van kiezels*
- *De bestaande afsluiting op de perceelsgrens werd vervangen door een afsluiting volledig geplaatst op eigen domein*

In de rechter zijtuinstrook:

- *Er werd een jacuzzi bijgeplaatst die half in de grond werd ingegraven*

In de achtertuinstrook:

- *Het terras werd met 90° gedraaid*
- *Er werd een betonnen grondkeerwandje geplaatst om het niveauverschil naar het achterliggende buurperceel op te vangen*

Op de achterste perceelsgrens:

- *Het reliëf naar de aansluiting met het perceel (kadastraal nr. 410) links achteraan werd niet gewijzigd. Er was/is daar sprake van een officiële gracht dewelke in praktijk reeds zeer lang onbestaande is. Ook achter de buurpercelen links zou deze gracht doorlopen, maar ook daar is er geen spoor meer te bekennen van deze gracht.*

In de patio:

- *Er werd een zwembad geplaatst in het binnengebied van de patio die bijna volledig omgeven is door de woning zelf"*

Met de bestreden beslissing wordt enkel de aangevraagde afsluiting vergund. Met betrekking tot deze afsluiting stelt de verwerende partij het volgende:

“ ...

De juridische aspecten

De aanvraag dient getoetst aan de stedenbouwkundige voorschriften van het RUP ‘Donk’ zoals goedgekeurd door deputatie op 4 juni 2009. De aanvraag is gelegen in een zone voor open en halfopen bebouwing (artikel 3).

Volgende stedenbouwkundige voorschriften zijn van toepassing op de aanvraag:

° (...)

° afsluitingen: de afscheidingen tussen de percelen worden uitgevoerd in levende hagen of als draad op paal met een maximale hoogte van 1,20m. Alle andere afscheidingen zijn verboden. In de voortuin kunnen kleine muurtjes worden opgetrokken met een maximale hoogte van 0,50m.

De aanvraag is op volgende punten strijdig met voormelde voorschriften:

1. verhardingen(...)

2. Afsluitingen: de afsluiting tussen het perceel van de aanvraag en het linksaanpalende perceel heeft een hoogte van 1,70 m gemeten vanop het terrein van de aanvraag. Vanop het perceel van de linksaanpalende eigenaar meet de afsluiting circa 2,10 m (hoogteverschil van 35 à 40 cm).

Op de foto's is bovendien duidelijk te zien dat deze afsluiting ook in de voortuinstrook aanwezig is, terwijl de voorschriften in de voortuin slechts een hoogte van 50 cm toelaten.

De voorschriften van een ruimtelijk uitvoeringsplan hebben bindende en verordenende kracht.

Artikel 4.4.1. §1 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening bepaalt (...)

De verharde oppervlakte in de voortuinstrook bedraagt ongeveer 90% van de totale oppervlakte, dit is bijna het dubbele van hetgeen volgens de voorschriften van het RUP toegelaten. Bovendien is het uitgangspunt van dit voorschrift om het groene karakter van de voortuinstrook en bij uitbreiding het straatbeeld te bewaren. Met voorliggende afwijking wordt geraakt aan de essentie van dit voorschrift, waardoor deze afwijking niet als beperkt kan worden beschouwd.

Ook de ophoging van het terrein dient uit de vergunning gesloten.

De hoogte van de afsluitingen mag volgens de voorschriften maximaal 1,20 m bedragen en in de voortuinstrook dient de hoogte zelfs beperkt tot 0,50 m. In casu werd een afsluiting geplaatst met een hoogte van 1,70 m tov het maaiveld van het terrein van de aanvraag. Als gevolg van de wederrechtelijk uitgevoerde ophoging bedraagt de hoogte van de afsluiting ten opzichte van het oorspronkelijke maaiveld (niveau linksaanpalende eigendom) ongeveer 2,10 m. Dergelijke hoogte kan als een beperkte afwijking worden beschouwd ten opzichte van de voorschriften.

Het gevraagde ligt in de lijn van wat de decreetgever als een ingreep met beperkte ruimtelijke impact beschouwd heeft, cfr. het vrijstellingsbesluit.

...”

Uit deze overwegingen volgt dat de verwerende partij enerzijds vaststelt dat er langsheen de perceelsgrens een wederrechtelijke ophoging plaatsvond, en algemeen stelt dat ‘de ophoging van het terrein dient uit de vergunning gesloten’, terwijl anderzijds het plaatsen van de afsluiting werd vergund door een afwijking toe te staan op grond van artikel 4.4.1 VCRO.

3.

Met de verzoekende partij moet vastgesteld worden dat de verwerende niet zorgvuldig oordeelt door enerzijds te erkennen dat het terrein langsheen de perceelsgrens werd opgehoogd en vervolgens deze ophoging uit de vergunning sluit en anderzijds een vergunning aflevert voor een afsluiting die met een betonvoet van 40 cm volledig verscholen zit achter de ophoging. De verwerende partij erkent ook dat het oorspronkelijke maaiveld ter hoogte van de perceelsgrens 40 cm lager ligt. Dit blijkt ook uit de door de verzoekende partij in haar bezwaarschrift tijdens het openbaar onderzoek en waarnaar verwezen in haar administratief beroepschrift meegedeelde foto's waaruit duidelijk blijkt dat het oorspronkelijk terreinprofiel langs weersijden van de grenslijn ongeveer gelijk ligt, met een miniem hoogteverschil, maar zeker geen 40 cm. Het enerzijds uitsluiten van de ophoging uit de vergunning en anderzijds een afsluiting met betonvoet die deze ophoging ondersteunt is tegenstrijdig.

Een niet zorgvuldige beoordeling staat gelijk met een gebrekkige motivering, zodat deze vaststelling op zich al voldoende is om de bestreden beslissing te vernietigen.

4.

Er is evenwel meer.

Met de verzoekende partij stelt de Raad ook vast dat het bouwaanvraagdossier onvolledig is en dat dit aanleiding geeft tot een indeplaatsstelling door de Raad.

De stelling van de verzoekende partij dat het ingediende bouwplan onvolledig is en onduidelijkheden bevat, kan worden bijgetreden.

4.1

Artikel 4.7.14 VCRO in zijn toepasselijke versie luidt als volgt:

“§1. De gemeentelijke stedenbouwkundige ambtenaar of zijn gemachtigde gaat na of de vergunningsaanvraag ontvankelijk en volledig is. ...

Een vergunningsaanvraag is ontvankelijk en volledig indien voldaan is aan alle voorwaarden, vermeld in artikel 4.7.13, en de dossiergegevens een onderzoek ten gronde toelaten.

(...)

§3. Het verdere verloop van de procedure in eerste aanleg en de beroepsprocedure gelden alleen ten aanzien van ontvankelijke en volledige aanvragen.”

Deze bepaling, die een woordelijke herneming is van het oude artikel 133/43 DRO, wordt in de parlementaire voorbereiding als volgt toegelicht:

“..."

Huidig artikel 108 DRO bepaalt dat de gemeentelijke stedenbouwkundige ambtenaar een aanvraag onderzoekt op de volledigheid ervan.

Aan die regel worden 2 wijzigingen aangebracht (nieuw artikel 133/43 DRO).

Het volledigheidsonderzoek wordt uitgebreid met een ontvankelijkheidsonderzoek. Een volledig dossier houdt immers niet steeds in dat het dossier ook als beslissingsgrondslag kan dienen; te denken valt bvb. aan een formeel volledig dossier, waarbij de door de aanvrager zelf getekende plannetjes echter “onleesbaar” zijn, of waarbij het fotomateriaal

compleet wazig is. Om die reden wordt bepaald dat men een dossier kan afwijzen indien het ofwel onvolledig is, ofwel geen onderzoek ten gronde toelaat.
...” (memorie van toelichting, *Parl.St.* VI.Parl. 2008-09, 2011/1, 179)

De decreetgever beoogde met deze regeling de nodige waarborgen te voorzien zodat een aanvraagdossier niet enkel (formeel) de nodige stukken bevat, maar ook dat deze stukken inhoudelijk zouden voldoen om effectief een onderzoek ten gronde toe te laten.

Op grond van artikel 4.7.13, tweede lid VCRO wordt de Vlaamse regering gemachtigd nadere regelen te bepalen omtrent de opbouw van het aanvraagdossier. Aan deze bepaling werd uitvoering gegeven met het Besluit Dossiersamenstelling.

Artikel 10 Besluit Dossiersamenstelling bepaalt welke werken onder ‘terreinaanlegwerken’ kunnen begrepen worden. Het gaat over: 1) het ontbossen in de zin van het Bosdecreet, 2) het vellen van hoogstammige bomen onder bepaalde voorwaarden, 3) het aanmerkelijk wijzigen van de bodem, 4) het gewoonlijk gebruiken, aanleggen of inrichten van een grond voor a) het opslaan van gebruikte of afgedankte voertuigen, allerhande materialen, materieel of afval, b) het parkeren van voertuigen, wagens of aanhangwagens, c) het plaatsen van één of meer verplaatsbare inrichtingen die voor bewoning kunnen worden gebruikt, zoals woonwagens, kampeerwagens, afgedankte voertuigen, tenten, d) het plaatsen van één of meer verplaatsbare inrichtingen of rollend materiaal die hoofdzakelijk voor publicitaire doeleinden worden gebruikt, 5) het aanleggen of wijzigen van recreatieve terreinen, waaronder een golfterrein, een voetbalterrein, een tennisveld voor zover het geen gebouwen betreft.

De Raad stelt vast dat de tussenkomende partijen hun aanvraag kwalificeren als ‘terreinaanlegwerken’ en dus zelf bepalen welke stukken in het bouwaanvraagdossier aanwezig moeten zijn.

Dit aanvraagdossier bevat naast het aanvraagformulier en een beschrijvende nota, één bouwplan.

De legende van dit plan vermeldt: *“liggings-, omgevings- en inplantingsplan, terreinprofiel, aanzichten, foto’s”*.

Artikel 11, 3, d) van het Besluit Dossiersamenstelling bepaalt minstens één terreinprofiel op de gebruikelijke schaal waarbij onder meer het reliëf van het goed vóór en na de uitvoering van de geplande werken wordt aangeduid, met verwijzing naar een referentiepeil op de weg waaraan het goed paalt en met het peil van de percelen palend aan het goed. Ook moet vermeld worden welke werken, handelingen of wijzigingen reeds werden uitgevoerd, verricht of voortgezet zonder vergunning en voor welke van die werken, handelingen of wijzigingen een stedenbouwkundige vergunning wordt aangevraagd. Wanneer de aanvraag grondverzet met zich meebrengt, moeten de terreinprofielen overeenkomstig artikel 13 van het Besluit Dossiersamenstelling worden weergegeven tot minstens tien meter buiten de uiterste grenzen van het perceel.

De bepaling van artikel 11, 3, d), 4) van voormeld besluit waarin voorgeschreven wordt dat melding moet gemaakt worden van de werken, handelingen of wijzigingen die eventueel werden verricht of voortgezet zonder vergunning en voor welke van die werken een vergunning wordt gevraagd is, naar het oordeel van de Raad, van groot belang aangezien het voorliggende een regularisatieaanvraag betreft.

4.2

Reeds in haar bezwaarschrift tijdens het openbaar onderzoek wees de verzoekende partij op de onvolledigheid van het ingediende plan en in het bijzonder op de misleidende gegevens inzake de hoogtematen. De verzoekende partij houdt voor dat de hoogtematen die op het plan vermeld staan, deze van na de wederrechtelijke ophoging zijn.

De gemeentelijke stedenbouwkundige ambtenaar bevestigt in zijn verslag de wederrechtelijke ophoging en het feit dat dit niet blijkt uit het aanvraagdossier. Ook de provinciale stedenbouwkundige ambtenaar spreekt van een *“foutief en misleidend plan”*.

Tijdens de administratieve procedure heeft de verzoekende partij haar standpunt bevestigd.

5.

De Raad stelt op basis van het administratief dossier vast dat op het indiende plan slechts één terreinprofiel vermeld staat en dit profiel betrekking heeft op de nieuwe toestand. Een profiel van de bestaande toestand ontbreekt.

Ook de hoogtematen die vermeld staan op het inplantingsplan van de woning tonen enkel de nieuwe hoogtematen en bovendien zelfs niet tot 10 meter buiten de grenzen van het aanvraagperceel.

Verder stelt de Raad vast dat er geen tekening aanwezig is van de afsluiting. Op het inplantingsplan staat enkel vermeld *‘nieuwe draadafsluiting met betonplaat onderaan, hoogte 1m70’*. Hoe deze draadafsluiting zich verhoudt tot de aangrenzende maaivelden, in bestaande en nieuwe toestand, is niet na te gaan. Hoewel niet vergund, want in de bestreden beslissing niet ter sprake gebracht, is op het plan ook geen doorsnede te vinden van het zwembad, noch van de jacuzzi en noch van een constructie waarvan de functie onbekend is, aangeduid met een oppervlakte van 14,40 m².

Bij een regularisatieaanvraag is het, gelet op het gegeven dat een vergunning wordt gevraagd voor werken die reeds werden uitgevoerd, van belang nauwkeurig aan te geven wat de feitelijke situatie was vóór het uitvoeren van deze werken. Dit komt niet toe aan de verwerende partij en nog minder aan de Raad. De mededeling door de tussenkomende partijen van hun vergunning van 11 februari 2014 met bijhorend plan en de bewering dat uit dit plan valt af te leiden dat de ophoging in deze vergunning vervat zit, doet aan het voorgaande geen afbreuk.

Het ingediende regularisatieplan bevat geen weergave van de bestaande toestand en geen terreinprofielen van de bestaande toestand, zelfs geen tekening van onder meer de aangevraagde afsluiting zodat redelijkerwijze moet worden geoordeeld dat de ontbrekende gegevens niet toelieten om een zorgvuldige en gefundeerde beslissing te nemen. Informatie over het niveau van de inplanting is essentieel voor eventuele bezwaarindieners, adviesverlenende instanties en het vergunningverlenend bestuursorgaan om te weten of de aanvraag als aanvaardbaar kon worden beschouwd. In zover het aanvraagdossier geen correcte weergave bevat van de bestaande toestand, de hoogtepeilen van het oorspronkelijke en nieuwe reliëf en de invloed ervan tot 10 meter voorbij de perceelsgrens, en in zover het aanvraagdossier geen plannen of tekeningen bevat van onder meer de gevraagde afsluiting, mist het dan ook noodzakelijke gegevens die van meet af aan (correct) in het aanvraagdossier hadden moeten aanwezig zijn. De Raad stelt ook vast dat het aanvraagdossier niet verwijst naar het proces-verbaal dat werd opgesteld op 16 maart 2016.

Het betreft, naar het oordeel van de Raad, dan ook een *ab initio* onvolledig aanvraagdossier.

Uit het voorgaande volgt dat de door de Raad vastgestelde gebreken niet hersteld kunnen worden tijdens de beroepsprocedure.

6.

Uit artikel 4.7.21 VCRO volgt dat de verwerende partij, die in het kader van de administratieve beroepsprocedure dient te beslissen, zich niet over een vergunningsaanvraag kan uitspreken die eerst in de administratieve beroepsfase voldoet aan de in artikel 4.7.13 VCRO bepaalde regels inzake de opbouw van een aanvraagdossier zonder dat het college van burgemeester en schepenen hierover uitspraak heeft gedaan.

Het komt aan de verwerende partij toe, ook in graad van beroep, om desgevallend voor het eerst, vast te stellen dat een dossier onvolledig is.

Deze onoverbrugbare onwettigheid sluit een eenvoudige vernietiging van de bestreden beslissing uit en leidt, zoals onder VII blijkt, tot de indeplaatsstelling door de Raad.

B. Overige middelen

De overige middelen worden niet meer onderzocht aangezien ze niet tot een ruimere vernietiging kunnen leiden.

VII. INDEPLAATSSTELLING IN TOEPASSING VAN ARTIKEL 37 DBRC-DECREET

1.

Artikel 37 DBRC-decreet bepaalt onder meer:

“...

§ 1. Na gehele of gedeeltelijke vernietiging kan een Vlaams bestuurs-rechtscollege als vermeld in artikel 2, 1°, a) en b), de verwerende partij bevelen om met inachtneming van de overwegingen die opgenomen zijn in zijn uitspraak een nieuwe beslissing te nemen of een andere handeling te stellen. Het kan daarbij de volgende voorwaarden opleggen:

1° welbepaalde rechtsregels of rechtsbeginselen moeten bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing worden betrokken;

2° welbepaalde procedurele handelingen moeten voorafgaand aan de nieuwe beslissing worden gesteld;

3° welbepaalde onregelmatige motieven of kennelijk onredelijke motieven mogen niet bij de totstandkoming van de nieuwe beslissing worden betrokken.

Een Vlaams bestuursrechtscollege als vermeld in artikel 2, 1°, a) en b), kan aan het bevel, opgelegd conform het eerste lid, een ordetermin verbindend voor de uitvoering ervan.

De ordetermin, vermeld in het tweede lid, wordt geschorst zolang een cassatieberoep, gericht tegen het arrest van het Vlaams bestuursrechtscollege dat dit bevel bevat, aanhangig is bij de Raad van State.

§ 2. Het Vlaams bestuursrechtscollege als vermeld in artikel 2, 1°, b), kan, als de nieuw te nemen beslissing, bevolen conform paragraaf 1, eerste lid, het gevolg is van een

gebonden bevoegdheid van de verwerende partij, het arrest in de plaats stellen van die beslissing.

...

In de parlementaire voorbereiding bij dit, door het decreet van 9 december 2016 houdende wijziging van diverse decreten wat de optimalisatie van de organisatie en de rechtspleging van de Vlaamse bestuursrechtcolleges betreft, gewijzigd artikel 37 DBRC-decreet wordt als volgt verduidelijkt:

“ ...

Substitutiebevoegdheid

Naast de hierboven aangehaalde aanpassingen, wordt in artikel 37, §2, voorzien in een (beperkte) bevoegdheid tot indeplaatsstelling van de Raad voor Vergunningsbetwistingen, dit naar analogie met artikel 36, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

De Raad voor Vergunningsbetwistingen kan, wanneer de nieuw te nemen beslissing, bevolen overeenkomstig paragraaf 1, eerste lid, het gevolg is van een zuiver gebonden bevoegdheid van de verwerende partij, het arrest in de plaats stellen van die beslissing.

Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het geval waarbij de bestreden beslissing een vergunning verleend heeft voor stedenbouwkundige handelingen, die naar het oordeel van de Raad voor Vergunningsbetwistingen geenszins kunnen worden vergund wegens een onoverkomelijke legaliteitsbelemmering. Omwille van de louter gebonden bevoegdheid, kan het vergunningverlenende bestuursorgaan in dat geval de vergunning enkel weigeren, zodat het overbodig is de zaak terug te verwijzen naar dit bestuursorgaan. Omwille van de efficiëntie is het in dat geval beter dat de Raad zich in de plaats stelt van het betrokken vergunningverlenende bestuursorgaan en op die manier een definitief einde stelt aan het betrokken rechtsgeschil. Deze substitutiebevoegdheid van de Raad moet aldus bijdragen tot een (meer) definitieve geschilbeslechting binnen het vergunningscontentieux.

Het dient evenwel opgemerkt dat deze bevoegdheid enkel kan worden aangewend ingeval er sprake is van een zuiver gebonden bevoegdheid, in die zin dat het vergunningverlenende bestuursorgaan over geen enkele beleidsvrijheid of appreciatiemarge (meer) beschikt bij het nemen van de beslissing. Anders oordelen, zou afbreuk doen aan het beginsel van de scheiding der machten.

...”

2.

Uit voormeld artikel, zoals toegelicht in de parlementaire voorbereiding, blijkt dat de Raad een beperkte substitutiebevoegdheid heeft om, met respect voor de scheiding der machten en omwille van een efficiënte geschillenbeslechting, zijn arrest in de plaats te stellen van de bestreden beslissing. De Raad kan zo, maar alleen zeer uitzonderlijk, zelf een vergunning weigeren voor zover de bevoegdheid van de verwerende partij als vergunningverlenend bestuursorgaan specifiek daartoe volledig gebonden is.

3.

Aangezien uit de beoordeling van het eerste en derde middel is gebleken dat de verwerende partij een volledig gebonden bevoegdheid heeft om de vergunning, in navolging van de door de Raad

vastgestelde onwettigheid, namelijk de onvolledigheid van het vergunningsdossier, te weigeren, gaat de Raad over tot de in artikel 37, §2 DBRC-decreet vermelde indeplaatsstelling.

VIII. KOSTEN

Met toepassing van artikel 33 DBRC-decreet legt de Raad de kosten van het beroep ten laste van de partij die ten gronde in het ongelijk gesteld wordt.

BESLISSING VAN DE RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

1. Het verzoek tot tussenkomst van de heer Johan KRIJGSMAN en mevrouw Delfine DE WINTER is ontvankelijk.
2. De Raad vernietigt de beslissing van de verwerende partij van 13 oktober 2016, waarbij aan de tussenkomende partijen een gedeeltelijke vergunning wordt verleend voor de regularisatie van een afsluiting in het kader van terreinaanleg rond woning, met uitsluiting van de betonverhardingen en de ophoging terreinaanleg rond woning op een perceel gelegen te 9290 Berlare, Blauwhofdreef 13 en met als kadastrale omschrijving afdeling 1, sectie A, nummer 411C.
3. De Raad weigert de regularisatie van terreinaanlegwerken rond woning op een perceel gelegen te 9290 Berlare, Blauwhofdreef 13 en met als kadastrale omschrijving afdeling 1, sectie A, nummer 411C.
4. De Raad legt de kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, ten laste van de verwerende partij.
5. De Raad legt de kosten van de tussenkomst, bepaald op 200 euro, ten laste van de tussenkomende partijen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel in openbare zitting van 26 maart 2019 door de tweede kamer.

De toegevoegd griffier,

De voorzitter van de tweede kamer,

Margot DEPRAETERE

Hilde LIEVENS