
MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP

6 APRIL 1998. - Omzendbrief RO/98/03 over de toepassing van artikel 49 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996

Deze omzendbrief is bestemd voor :

De gouverneurs en leden van de bestendige deputatie;

De colleges van burgemeester en schepenen;

De ambtenaren van de administratie Ruimtelijke Ordening, Huisvesting en Monumenten en Landschappen.

Deze omzendbrief vervangt de omzendbrieven 32 van 26 november 1963, 32-2 van 24 december 1968, 32-3 van 17 september 1973 en 32-4 van 19 februari 1979.

0. SITUERING

Verscheidene recente arresten van de Raad van State behandelen de afwijkingsmogelijkheid opgenomen in artikel 49 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996 (vroeger artikel 51 van de stedenbouwwet). Deze arresten hebben een nieuwe en strengere visie doen ontstaan over deze uitzonderingsregel.

Het is dus wenselijk de oudere omzendbrieven te herschrijven. Deze omzendbrief zal eerst handelen over de formele aspecten van een afwijking (hoofdstuk I, II en III). In hoofdstuk IV wordt over de toepasbaarheid van dat artikel 49 gesproken. Tot slot volgen enkele algemene beschouwingen over de afwijkingsmogelijkheid als aandachtspunt in de ruimtelijke planning.

I. WETTELIJKE BASIS VAN DE AFWIJKINGSMOGELIJKHEID

Artikel 2, § 1, van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, bepaalt dat de plannen van aanleg verordenende kracht hebben, dat ze blijven gelden tot ze na herziening door andere plannen van aanleg worden vervangen en dat er alleen mag worden afgeweken in de gevallen en in de vormen die door het decreet zijn bepaald. Dit artikel biedt een eerste toetsingskader.

Artikel 49 van het decreet luidt : "Op met redenen omkleed voorstel van het college van burgemeester en schepenen kan de Vlaamse regering of de gemachtigde ambtenaar afwijkingen toestaan van de voorschriften van een door de Vlaamse regering goedgekeurd bijzonder plan van aanleg en van de voorschriften van een verkavelingsvergunning, enkel wat de perceelsafmetingen, de afmetingen en de plaatsing van de bouwwerken, alsmede de voorschriften in verband met hun uiterlijk betreft".

De afwijkingsmogelijkheid is dus een uitzonderingsmaatregel. Hij moet dan ook restrictief worden toegepast. Een afwijking kan geen aanleiding geven tot een oneigenlijke wijziging van de voorschriften van een bijzonder plan van aanleg of van een verkavelingsvergunning.

Deze omzendbrief handelt niet over de afwijkingsmogelijkheid die is ingeschreven in artikel 43 van het decreet. Deze heeft immers enkel betrekking op de algemene plannen van aanleg.

II. FORMEEL ASPECT VAN DE AFWIJKINGSMOGELIJKHEID

Er bestaat geen specifiek formulier om een afwijking aan te vragen of toe te staan. Logischer wijze is zo'n aanvraag gekoppeld aan een bouwaanvraag of aan een intentie tot bouwen of verbouwen die kan ingeleid worden aan de hand van een stedenbouwkundig attest nr. 2. In beide gevallen is dan de samenstelling van het dossier bepaald in de desbetreffende besluiten. De aanvrager kan naar aanleiding van het indienen van zijn dossier een voorstel tot afwijking formuleren aan de hand van een motiveringsnota.

Artikel 49 zegt vooreerst dat er een voorstel moet zijn van het college van burgemeester en schepenen en ten tweede dat dit voorstel met redenen omkleed moet zijn. Bijgevolg kunnen enkel de voorstellen van het college in aanmerking genomen worden. Gewoon een gunstig advies van een college omtrent een voorstel van een bouwheer betekent niet dat het college zich dit voorstel eigen maakt. Er moet dus een uitdrukkelijke collegebeslissing bestaan waarin het college het voorstel doet; het voorstel moet met redenen omkleed zijn en het college moet dus zijn eigen motivering geven bij het voorstel.

Het is niet voldoende de beweegredenen van de bouwheer gewoon over te nemen. Een bouwheer vertrekt immers redelijkerwijze van zijn eigen belang. Het college is echter ook op het gebied van de ruimtelijke ordening de behoeder van het algemeen belang. Dergelijke afweging moet dus terug te vinden zijn in de motivering. Bovendien moet elke bestuursakte die aanleiding geeft tot een bestuurlijke beslissing, in deze bestuursakte zelf gemotiveerd worden.

Elk voorstel van het college dient dan ook de volgende minimale inhoud te hebben :

- de datum waarop het collegebesluit is genomen;
- over welk bijzonder plan van aanleg en/of verkavelingsvergunning het gaat;
- op welk(e) punt(en) er van welk(e) voorschrift(en) wordt afgeweken;
- de motivering van het college.

Het college maakt vervolgens dit voorstel, samen met het dossier, over aan de gemachtigde ambtenaar. Het is belangrijk dat dit dossier volledig is zodat de gemachtigde ambtenaar met voldoende kennis van zaken kan oordelen.

Vanuit de regels van behoorlijk bestuur dient elke afwijkingsbeslissing die door de gemachtigde ambtenaar getroffen is, de volgende minimale inhoud te hebben :

- de datum waarop het college tot het afwijkingsvoorstel besliste;
- over welk bijzonder plan van aanleg en/of verkavelingsvergunning het gaat;
- op welk(e) punt(en) er van welk(e) voorschrift(en) wordt afgeweken;
- de eigen motivering van de gemachtigde ambtenaar waarbij een loutere overname van de motivering van het college uit den boze is;
- de beslissing van de gemachtigde ambtenaar.

III. ARTIKEL 49 EN BESLISSINGEN IN BEROEP

Dit hoofdstuk handelt over de aanvragen tot toepassing van artikel 49 die gelijktijdig met een aanvraag tot bouwvergunning worden behandeld; immers, alleen in dit geval is er in de wetgeving een beroep tegen een weigering voorzien.

In een aantal beslissingen van bestendige deputaties over bouwaanvragen, alsmede in beroepen van gemachtigde ambtenaren tegen beslissingen van de bestendige deputatie werd in het verleden gesteld dat de bestendige deputatie geen vergunning kan verlenen op het voorstel tot afwijking in toepassing van artikel 49 van het decreet wanneer dit in eerste aanleg door de gemachtigde ambtenaar ongunstig werd geadviseerd. Hiervoor verwijst men, zich steunend op enkele arresten van de Raad van State, naar de tekst van artikel 49 zelf waaruit wordt afgeleid dat "slechts" de Vlaamse regering of de gemachtigde ambtenaar een dergelijke afwijking kan toestaan.

De in dit verband relevante decreetsteksten luiden als volgt :

Artikel 53, § 3, stelt :

" De beslissingen van de bestendige deputatie en van de Vlaamse regering worden met redenen omkleed.

De vergunning kan worden geweigerd om dezelfde redenen, worden verleend onder de voorwaarden of kan de afwijkingen toestaan, bedoeld in de artikelen 43, 44 en 49. "

Artikel 49 luidt :

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

Met betrekking tot artikel 49, stelt artikel 53, § 3, tweede lid, dus duidelijk : de vergunning (in beroep) kan de afwijking toestaan, bedoeld in artikel 49.

Artikel 53, § 3, tweede lid, bepaalt verder ook dat de vergunning (in beroep) enkel kan worden verleend onder de voorwaarden, bedoeld in artikel 49.

Welke voorwaarden dienen precies voldaan te zijn opdat de bestendige deputatie een afwijking van een B.P.A of van een verkavelingsvergunning zou kunnen toestaan? Dat volgende twee voorwaarden alvast dienen voldaan te zijn, lijdt geen twijfel :

1. de afwijking mag enkel de perceelsafmetingen, de afmetingen en de plaatsing van de bouwwerken, alsmede de voorschriften in verband met hun uiterlijk betreffen, zoals voorgeschreven in een door de Vlaamse regering goedgekeurd bijzonder plan van aanleg en van een verkavelingsvergunning;
2. de afwijking kan maar worden toegestaan op een met redenen omkleed voorstel van het college van burgemeester en schepenen.

Stellen dat een afwijking niet kan worden toegestaan door de Bestendige Deputatie wanneer geen voorafgaandelijke toestemming door de gemachtigde ambtenaar werd gegeven, zou neerkomen op het stellen van een derde voorwaarde voor de toepassing van artikel 53, § 3.

Grondig onderzoek van de genoemde arresten en van de voorbereidende werkzaamheden van de wetgeving doet besluiten dat er voor deze bijkomende

voorwaarde geen afdoende grond voorhanden is. De bestendige deputatie én de Vlaamse regering of de minister beschikken over dezelfde mogelijkheid als de gemachtigde ambtenaar om afwijkingen toe te staan.

Bijgevolg kan de bestendige deputatie het artikel 49 toepassen als een voorstel van het college van burgemeester en schepenen daartoe bestaat. De bestendige deputatie en de minister kunnen hun beslissing, zoals is bepaald in artikel 53, § 3, steunen op de artikelen 43, 44 en 49.

Uiteraard dient ook elke beslissing in beroep behoorlijk gemotiveerd te zijn, op de wijze zoals hoger uiteengezet voor wat de beslissingen van het college en de gemachtigde ambtenaar betreft, en blijft het de taak van de gemachtigde ambtenaar om af te wegeven of hij tegen de beslissing van de bestendige deputatie al dan niet beroep dient aan te tekenen.

IV. TOEPASBAARHEID VAN DE AFWIJKINGSMOGELIJKHEID

De lezing van de recente rechtspraak van de Raad van State leidt tot drie criteria bij de toetsing over een afwijking :

- een afwijking kan geen aanleiding geven tot een oneigenlijke wijziging van het bijzonder plan van aanleg of de verkavelingsvergunning;
- de algemene strekking van het plan, bijzonder plan van aanleg of verkaveling, moet volledig en strikt nageleefd worden;
- de afwijking mag niet strijdig zijn met de goede ruimtelijke ordening.

Deze drie voorwaarden zijn alle drie nodige voorwaarden. De motivering dient dus uitdrukkelijk naar elk van deze drie criteria te verwijzen.

- a. een afwijking kan geen aanleiding geven tot een oneigenlijke wijziging van het bijzonder plan van aanleg of de verkavelingsvergunning

De samenlezing van artikel 2, § 1, en artikel 49 van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996, leidt tot de vaststelling dat een aanvraag volledig moet kunnen vallen onder de voorwaarden bepaald in artikel 49. De afwijkingsmogelijkheid vermag niet tevens een ander voorschrift van een bijzonder plan van aanleg of van een verkaveling te veranderen. Als deze toetsing leidt tot de vaststelling dat tevens een ander voorschrift veranderd wordt, houdt de aanvraag tevens een feitelijke wijziging van de voorschriften van een bijzonder plan van aanleg of van een verkaveling in. In dit geval valt de aanvraag buiten de mogelijkheden van artikel 49 en moet de afwijking om die reden geweigerd

worden.

De afwijkingmogelijkheid volgens artikel 49 van het decreet bestaat enkel voor de voorschriften in verband met :

- o de perceelsafmetingen;
- o de afmetingen van de bouwwerken;
- o de plaatsing van de bouwwerken;
- o het uiterlijk van de bouwwerken.

Een aanvraag om de plaatsing van een bouwwerk te wijzigen, kan niet worden toegestaan als tevens (bij wijze van voorbeeld) :

- o of de plaatsing zodanig gebeurt dat men een zonegrens overschrijdt waarbij binnen de ene een bouwmogelijkheid bestaat, en binnen de andere een feitelijk bouwverbod geldt (zone voor eengezinswoning die uitbreidt in de zone voor voortuinen);
- o of de plaatsing zodanig gebeurt dat men een zonegrens overschrijdt tussen twee zones met een principiële andere hoofdbestemming (zone voor recreatie die uitbreidt in zone voor kantoren);

Bestemmingswijzigingen kunnen dus niet worden toegestaan met artikel 49.

Een aanvraag tot verandering van de V/T-index is geen wijziging van een afmeting of van de plaatsing van een bouwwerk en kan dus niet via een afwijking aangepast worden. Een verdelingsindex tussen hoofd- en bijbestemmingen kan evenmin aanzien worden als een afmeting van een bouwwerk en valt dus ook buiten de mogelijkheden van artikel 49.

Wat kan dan wel?

Een aanvraag waarbij de breedte van één perceel verandert ten voordele van een ander perceel kan als een afwijking aanzien worden als niet tevens (bij wijze van voorbeeld) :

- o of het aantal percelen daardoor wijzigt;
- o of de bestemming van vrijstaande bebouwing naar half open-bebouwing verandert;
- o of de algemene bestemming van een betrokken perceel verandert.

Een aanvraag tot wijziging van de bouwhoogte kan als een afwijking aanzien worden als niet tevens (bij wijze van voorbeeld):

- o of het aantal bouwlagen verandert zo dit in een voorschrift bepaald is;
- o of het aantal woonlagen verandert zo dit in een voorschrift geregeld is.

Een aanvraag om het uiterlijk van het gebouw te wijzigen, kan als een afwijking aanzien worden als niet tevens (bij wijze van voorbeeld) :

- o de dakhelling zodanig veranderd wordt dat men een plat dak voorziet waar een voorschrift hellende daken wenst.
- b. de algemene strekking van het plan moet volledig en strikt gevolgd worden

Deze voorwaarde is moeilijker te omschrijven in juiste bewoordingen.

Vast staat dat elk plan een uitvoering is van een basisvisie. Deze mag niet aangetast worden door een afwijking.

Zo kan een afwijking niet worden toegestaan om :

- o een residentiële bestemming zodanig aan te tasten dat een nevenbestemming als horeca en kantoren de feitelijke hoofdbestemming wordt via bv. het wijzigen van de verdelingspercentages;
 - o de bebouwingsdichtheid zodanig op te drijven of te verlagen zodat er een ander bebouwingstype uitgevoerd kan worden dan aanvankelijk bepaald;
 - o een bouwhoogte van alle gebouwen binnen het plan te veranderen;
 - o de materialenkeuze zodanig te wijzigen dat een uitdrukkelijk gewenst karakter niet meer gerealiseerd kan worden.
- c. een afwijking mag niet strijdig zijn met de goede ruimtelijke ordening

Een afwijking mag niet worden toegestaan als de voorziene gebouwen of werken onverenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving.

Zelfs indien aan de criteria onder a en b voldaan is, dient nog nagegaan worden of het toestaan van de afwijking niet zou kunnen leiden tot abnormale burenhinder, tot een schending van de privacy, tot een verstoring van het straatbeeld,...

Er moet met andere woorden nog plaatsgebonden gewaakt worden over de goede ruimtelijke ordening.

V. DE AFWIJKINGSMOGELIJKHEID ALS AANDACHTSPUNT BIJ DE RUIMTELIJKE PLANNING

Uit het bovenstaande volgt dat hoe gedetailleerder een bijzonder plan van aanleg is, hoe moeilijker het wordt om op wettige wijze afwijkingen toe te staan.

Een plan waarin gedetailleerd een zone voor voortuinen, een zijdelingse non-aedificandizone, een zone voor tuinen, een zone voor aangebouwde bijgebouwen en een zone voor hoofdgebouwen zijn opgenomen, perkt de afwijkingsmogelijkheid sterk in. Bij een verandering van de plaatsing van het bouwwerk zal men immers snel geconfronteerd worden met een vraag om te bouwen in een zelfs beperkt deel van een zone met een afwijkende bestemming, vraag die dan niet ingewilligd kan worden.

Een plan waarbij één zone voor eengezinswoningen wordt gedefinieerd, en waarbij het bijbehorend voorschrift een achteruitbouwstrook en een bouwdiepte bepaalt, is soepeler. Bij afwijkingaanvragen zal er minder snel een bestemmingswijziging optreden.

Bij het opmaken van BPA's kan de plannende overheid er over waken dat de aard van de zoneringen en de voorschriften zodanig is dat minder vlug beroep zal moeten gedaan worden op artikel 49. Tegelijk mag de ingebouwde soepelheid uiteraard niet leiden tot een aantasting van de rechtszekerheid. Het zoeken naar een evenwicht tussen deze twee invalshoeken is een boeiende uitdaging.

Bij het beoordelen en vergunnen van verkavelingsaanvragen kunnen analoge bedenkingen worden gemaakt : verstandig opgemaakte verkavelingen kunnen veel toepassingen van artikel 49 aan de bron onnodig maken.

Brussel, 6 april 1998.

E. Baldewijns.

Voor vragen en/of opmerkingen over EMIS kunt u mailen naar emis@vito.be

Copyright © [VITO](http://www.vito.be) 05/05/1998

Ontwerp [EMIS](http://www.emis.vito.be).