

Hof van beroep
te Gent.

9° kamer

terechtzitting
van
30-09-2011

Vergunningregister

2010/RK/136

in de zaak van:

1. _____ zonder beroep,
2. _____ restaurateur, met K.B.O. nr.

beiden samenwonende te NAZARETH,

appellanten,

hebbende als raadsman mr. VANCAENEGHEM Philip, advocaat
te 9000 GENT, Twaalfkameren 17;

tegen:

Het VLAAMSE GEWEST

vertegenwoordigd door de Vlaamse regering in de persoon van de
Vlaamse minister van Financiën, Begroting, Werk, Ruimtelijke
Ordering en Sport, met kantoren te 1210 BRUSSEL, Koning
Albert II laan 19,
woonstkeuze doende bij zijn raadsman hierna vermeld,

geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. TOLLENAERE Veerle, advocaat te
9000 GENT, Koning Albertlaan 128;

verleent het hof volgend arrest:

1.

ONGETEKEND AFSCHRIFT
ingevolge art. 792
gerechtelijk Wetboek
Vrij van Griffierecht
art. 280 2° R.W.B.

Het hof nam kennis van de bestreden beschikking d.d. 24 februari 2010, gewezen door de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Gent zetelende in kort geding (aldaar gekend onder A.R. 09/568/C).

Het hof heeft de partijen, bij monde van hun raadslieden, gehoord in openbare terechtzitting en in het Nederlands.

Zowel de door hen neergelegde conclusies als de overgelegde stukken werden ingezien.

2.

Bij dagvaarding d.d. 3 september 2009 hebben de appellanten onder toepassing van artikel 154, 6^{de} lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna genoemd D.O.R.O.) tegen de geïntimeerde gevorderd dat de bekrachtigingsbeslissingen d.d. 30 juli 2009 en d.d. 13 augustus 2009 van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur zouden worden opgeheven.

Tevens vorderden zij dat de geïntimeerde zou worden veroordeeld tot de gedingkosten en dat het vonnis (bedoeld werd de beschikking) uitvoerbaar zou worden verklaard bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal en zonder borgstelling.

De geïntimeerde concludeerde voor de eerste rechter tot de ontvankelijkheid doch ongegrondheid van de vordering van de appellanten met verwijzing van laatstgenoemden in de gedingkosten (nader begroot aan zijn zijde).

3.

De eerste rechter heeft middels de bestreden beschikking d.d. 24 februari 2010 de vordering ontvankelijk verklaard doch afgewezen als ongegrond en de kosten (zoals nader begroot) ten laste gelegd van de appellanten.

4.

Middels hun verzoekschrift tot hoger beroep beoogden de appellanten dat het hof vooralsnog hun vordering zoals geformuleerd voor de eerste rechter gegrond zou verklaren.

In hun laatste conclusies verzoeken de appellanten dat het hof

hun hoger beroep ontvankelijk en gegrond zou verklaren, dienvolgens het bestreden vonnis zou vernietigen en opnieuw wijzende:

- zou zeggen voor recht dat de litigieuze stakingsbevelen en de bekrachtigingsbeslissingen d.d. 30 juli 2009 en d.d. 13 augustus 2009 nietig zijn en geen rechtsgevolgen kunnen hebben;
- de geïntimeerde zou veroordelen tot de gerechtskosten (nader begroot aan hun zijde op de kosten van de beide instanties);
- het vonnis (bedoeld wordt het arrest) uitvoerbaar zou verklaren bij voorraad, niettegenstaande alle verhaal en zonder borgstelling.

De geïntimeerde concludeert tot de toelaatbaarheid (c.q. ontvankelijkheid) doch ongegrondheid van het hoger beroep met verwijzing van de appellanten in de kosten van het geding (nader begroot aan zijn zijde op de kosten van de beide instanties).

5.

De dienende feiten en antecedenten kunnen als volgt worden weergegeven.

De appellanten zijn uitbaters van "bistro" gelegen te kadastraal gekend onder

Het betrokken goed bevindt zich volgens het gewestplan Gentse en Kanaalzone (goedgekeurd bij K.B. van 14 september 1977) in een woongebied en is aldus conform artikel 5.1.0. van het K.B. van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen bestemd voor wonen, alsmede voor handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf voor zover deze takken van bedrijf om redenen van goede ruimtelijke ordening niet in een daartoe aangewezen gebied moeten worden afgezonderd, voor groene ruimtes, voor sociaal-culturele inrichtingen, voor openbare nutsvoorzieningen, voor toeristische voorzieningen, voor agrarische bedrijven voor zover deze verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving.

De appellanten zijn huurders van het betrokken pand en dit krachtens een handelshuurovereenkomst d.d. 27 november 2011. Deze handelshuurovereenkomst vermeldt dat de huur betrekking heeft op de uitbating van een restaurant met tearoom en

terrassen.

Het handelsfonds (destijds gekend onder de naam "Bistro") werd door de appellanten overgenomen van de (zijnde de vorige uitbater) middels overeenkomst d.d. 14 december 2001. Deze overeenkomst tot overlating van de handelszaak voorziet dat de overgedragen handelszaak bestaat uit een woonhuis, restaurant en tuin en behorende terrassen en tearoom die alsdan in gebruik waren.

De appellanten leggen tevens o.m. volgende stukken voor.

- een publiciteitsfolder van het restaurant " " waarin o.m. vermeld wordt "Paradijselijke tuin met een droomterras waar het mogelijk is om te eten" en waarop tevens een foto met het terras wordt aangegeven;
- een factuur van schrijnwerkerij d.d. 10 juli 1993, gericht aan " " voor o.m. "Gardenwood terrasbevloering".

Vanaf medio 2008 waren er diverse klachten van buurtbewoners wegens o.m. het gebruik van 2 petanquebanen die op het terrein waren aangelegd, het gebruik van het terras en het plaatsen van een rokerstent op het terras en dit zowel bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem als bij de politiediensten.

Op 2 augustus 2008 heeft de tweede appellante een stedenbouwkundige aanvraag (regularisatie) ingediend bij het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem voor de aanleg van 2 petanquebanen van resp. 20 m² en van 30m².

Deze aanvraag werd geweigerd bij beslissing d.d. 3 november 2008, hetgeen bevestigd werd in beroep door de bestendige deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen op 2 april 2009 (om reden evenwel dat de samenstelling van het dossier niet aan de wettelijk vereisten voldeed).

Op 30 maart 2009 diende de tweede appellante een nieuwe aanvraag in welke door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem opnieuw werd geweigerd bij beslissing d.d. 11 mei 2009.

Hiertegen werd door de tweede appellante beroep ingesteld bij de

bestendige deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen.

Op 22 juli 2009 werd n.a.v. een klacht van een nabuur van de appellanten door de politiediensten een proces-verbaal opgesteld waarin werd vastgesteld dat voor:

- de aangelegde petanquebanen;
- het houten terras;

geen voorafgaande stedenbouwkundige vergunning was verleend.

Tevens werd vastgesteld dat:

- de appellanten zich aldus in overtreding bevonden met het bepaalde van het D.O.R.O.;
- de situatie, in strijd met de ruimtelijke ordening, door de bouwheer-uitbaters zonder meer verder gezet en of in stand gehouden werd zodat, om de blijvende vorm van overlast die hierdoor verder wordt veroorzaakt te kunnen doen ophouden, dringend een bevel tot staking van het verder gebruik van zowel de petanquebanen als het houten terras zich onvermijdelijk opdrong.

Aldus werd op 22 juli 2009 in toepassing van artikel 154 D.O.R.O. ter plaatse een schriftelijk bevel tot "*onmiddellijke staking van het strijdig gebruik van de twee petanquebanen en het houten terras*" op een duidelijk zichtbare plaats aangebracht (gezien niemand van de verantwoordelijke uitbaters ter plaatse kon worden aangetroffen).

Dit stakingsbevel werd bekrachtigd door de bevoegde gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur op 30 juli 2009 en deze bekrachtigingsbeslissing werd bij aangetekend schrijven d.d. 30 juli 2009 ter kennis gebracht van de appellanten, hun raadsman, de eigenaar van het pand, het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem en de Procureur des Konings.

Op 3 augustus 2009 werd door de tweede appellante een aanvraag tot het bekomen van een stedenbouwkundige vergunning (regularisatievergunning) ingediend voor wat betreft het terras.

Op 5 augustus 2009 werd door de politiediensten vastgesteld dat het houten terras, gelegen achteraan de uitbating, verder werd

gebruikt en sedert het uitvaardigen van de bekrachtigingsbeslissing nooit buiten gebruik werd gesteld.

Een (nieuw en thans mondeling) bevel tot onmiddellijke staking van het strijdig gebruik van het terras werd gegeven op dezelfde datum, hetgeen werd bekrachtigd bij beslissing van de bevoegde gewestelijke inspecteur van 13 augustus 2009. Deze beslissing werd bij aangetekend schrijven van dezelfde dag ter kennis gebracht van de appellanten, hun raadsman, de eigenaar van het pand, het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem en de Procureur des Konings.

Bij beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem d.d. 10 augustus 2009 werd de vergunning m.b.t. het terras verleend onder voorwaarden m.n.:

- het beperkt blijven van de capaciteit van het terras tot 40 zitplaatsen;
- de afstand t.o.v. de zijdelingse percelen moet min. 4 m rond het terras bedragen, te beschouwen als bufferzone;
- in deze bufferzone dient binnen een termijn van 2 maanden een vast geluidwerend scherm worden aangebracht aan weerszijden, geflankeerd door een wintergroen scherm.

Hiertegen werd door de tweede appellante ook beroep ingesteld bij de bestendige deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen doch dit werd klaarblijkelijk later ingetrokken.

Zoals boven aangehaald werd door de appellanten op 3 september 2009 overgegaan tot dagvaarding van de geïntimeerde.

Hangende deze procedure m.n. op 15 oktober 2009 heeft de Bestendige Deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen het beroep van de tweede appellante betrekkelijk de weigering tot stedenbouwkundige vergunning voor de 2 petanquebanen gedeeltelijk en voorwaardelijke ingewilligd:

"De aanvraag is enkel voor vergunning vatbaar voor wat betreft petanquebaan 1, mits het reduceren van de lengte ervan tot 10m, door inkorting aan de noordelijke zijde, en het voorzien van een groen- en geluidsscherm (2 m hoog, bestaande uit houten tuinschermen of metalen draad met klimopbegroeiing) tussen deze baan en de noordelijke perceelsgrens.

Petanquebaan 2 dient uit de vergunning gesloten te worden.

Een nieuwe aanvraag waarbij baan 2 verplaatst wordt met de lange zijde evenwijdig met de straat (parking) beperkt tot 10 m, en waarbij zo dicht mogelijk wordt aangesloten bij het gebouw kan eerder voor vergunning in aanmerking komen. Dit dient evenwel het voorwerp uit te maken van een nieuwe aanvraag, in te dienen in eerste aanleg bij het college van burgemeester en schepenen.

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat dient geconcludeerd te worden dat onderhavig beroep slechts gedeeltelijk en voorwaardelijk voor inwilliging vatbaar is."

Hiertegen zou door de tweede appellante beroep ingesteld zijn bij de Raad voor Vergunningenbetwistingen doch nadere gegevens hieromtrent ontbreken.

Door de tweede appellante was evenwel op 14 oktober een (nieuwe) stedenbouwkundige vergunning (regularisatievergunning) aangevraagd m.b.t. een petanquebaan en het houten terras, de heraanleg van een petanquebaan, de tijdelijke plaatsing van een rokerstent en het rooien van een boom.

Deze vergunning werd verleend door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem bij beslissing d.d. 30 november 2009 en dit onder navolgende voorwaarden:

- het ondergeschikt blijven van de capaciteit van het terras aan de binnencapaciteit van de zaak;
- het strikt naleven van de plannen inzake de afmetingen en plaatsing van de petanquebanen waarbij werd verwezen naar de beslissing van de bestendige deputatie van de provincie Oost-Vlaanderen d.d. 15 oktober 2009;
- het aanbrengen in de voorziene bufferzone, binnen een termijn van 2 maanden, van een vast geluidswerend scherm aan weerszijden geflankeerd door een wintergroen scherm;
- het niet voorzien zijn van zitmeubilair van de rokerstent.

Tegen deze beslissing werd geen hoger beroep ingesteld.

De gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur heeft alsdan een herstellvordering opgesteld waarbij hij volgende aanpassingswerken vorderde:

"Verwijderen van de petanquebaan aan de noordelijke zijde, beperken van de petanquebaan tot 10 m aan de westelijke zijde, aanpassen terras tot een zijdelingse bufferstrook van 4m ontstaat aan noordelijke zijde, plaatsen geluidsscherm in deze bufferzone met aan een beide zijden een wintervast

groenscherp, beperken aantal zitplaatsen op terras tot 40, verwijderen van de rokerstent."

Door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid werd op 18 december 2009 een eensluidend positief advies gegeven over deze herstellvordering.

Op 24 februari 2010 werd de bestreden beschikking verleend.

Aanvullend (want van na de bestreden beschikking) kan aangegeven worden dat:

- door de diensten van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur op 13 juli 2010 een plaatsbezoek werd verricht en werd vastgesteld dat er nog niet volledig was geconfirmeerd aan de stedenbouwkundige vergunning;
- op 29 september 2010 opnieuw ter plaatse werd gegaan en werd vastgesteld dat alles volledig was aangepast aan de stedenbouwkundige vergunning;
- bij e-mail d.d. 18 november 2010 de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur (nogmaals) bevestigde dat het stakingsbevel (bedoeld werd de stakingsbevelen) zonder voorwerp waren geworden.

6.

Het hoger beroep werd tijdig en regelmatig ingesteld.

De geïntimeerde betwist de ontvankelijkheid van het hoger beroep niet en evenmin zijn er ambtshalve op te werpen middelen die tot de onontvankelijkheid van het hoger beroep zouden dienen te besluiten.

Het hoger beroep is derhalve ontvankelijk te verklaren.

7.

Voorafgaandelijk laat het hof het volgende gelden.

In het Belgisch Staatsblad van 15 mei 2009 werd het decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijk plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid gepubliceerd.

Middels dit decreet, dat in werking trad op 1 september 2009, werd o.m. het D.O.R.O. gewijzigd.

In uitvoering van artikel 110 van dit decreet werden door de Vlaamse regering de bepalingen van het D.O.R.O. en artikel 90bis van het Bosdecreet van 13 juni 1990 gecoördineerd in de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (hierna genoemd V.C.R.O.) (B.S., 20 augustus 2009).

Artikel 7.1.1 V.C.R.O. bepaalt omtrent de inwerkingtreding van het decreet van 27 maart 2009 het volgende:

"Behoudens andersluidende bepalingen, hebben de regelingen van het decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijk plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid onmiddellijke werking. Dat houdt in het bijzonder in dat zij vanaf hun datum van inwerkingtreding van toepassing zijn op de plannings-, vergunningen- en handhavingsprocedures als vastgelegd bij voorliggende codex, in de stand waarin zij zich bevinden."

Terzake zijn er middels het V.C.R.O. evenwel geen voor de beoordeling van de in casu te beslechten betwisting relevante wijzigingen aan het D.O.R.O. aangebracht.

8.

Het staat buiten betwisting dat de gewraakte stedenbouwkundige inbreuken werden geregulariseerd en dit krachtens de stedenbouwkundige vergunning (regularisatievergunning) verleend door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Sint-Martens-Latem bij beslissing d.d. 30 november 2009.

In de concreet gegeven omstandigheden vermag te worden gesteld dat ingevolge deze stedenbouwkundige vergunning (regularisatievergunning) hoe dan ook een einde is gesteld aan de (voorgehouden) onwettige toestand, waardoor noch de stakingsbevelen noch de bekrachtigingsbeslissingen verdere gevolgen kunnen ressorteren.

Weliswaar:

- bestaat de onwettige uitvoering en de onwettige instandhouding van in strijd met de schriftelijke en uitdrukkelijke stedenbouwkundige vergunning uitgevoerde werken tot aan het herstel in de vorige staat of de regularisatie volgens een overeenstemmende (regularisatie)vergunning;
- moet het gevorderde herstel nog worden bevolen zolang geen regularisatie van de onwettige toestand conform de daartoe

afgeleverde vergunning, in voorkomend geval door het verrichten van de daartoe nodige werken, is uitgevoerd;

doch de rechter moet daarbij rekening houden met deze ondertussen verleende vergunning, hetgeen impliceert dat hij moet nagaan of rekening houdende met de eventueel opgelegde voorwaarden het herstel nog moet worden bevolen, en in welke mate (vgl. Cass. 28 maart 2006, Pas. 2006, afl. 3, 695).

De geïntimeerde laat in conclusies evenwel gelden dat werd vastgesteld dat de nodige aanpassingen en werken werden uitgevoerd conform de (regularisatie)vergunning d.d. 30 november 2009 en stelt uitdrukkelijk:

"Door het verkrijgen én het volledig uitvoeren van de stedenbouwkundige vergunning heeft het bevel tot staking en de bekrachtiging ervan geen voorwerp meer.

De vordering tot opheffing van het bevel is derhalve zonder voorwerp."

Het bovenstaande noopt dan ook tot het besluit dat de vordering van de appellanten strekkende tot opheffing van de bedoelde stakingsbevelen en medegaande bekrachtigingbeslissingen inderdaad zonder voorwerp is geworden.

9.

9.a. De appellanten verzoeken dat het hof alsnog zou vaststellen dat de stakingsbevelen "*nietig*" waren en nooit mochten worden uitgevaardigd.

In wezen gaat het niet om een (opgeworpen) "*nietigheid*" sensu stricto doch menen de appellanten (op grond van de door hen aangehaalde argumenten) dat niet was voldaan aan de wettelijke vereiste voorwaarden om de litigieuze stakingsbevelen (en medegaande bekrachtigingsbeslissingen) uit te vaardigen, zodat, los van het feit dat hun vordering thans zonder voorwerp is geworden, de eerste rechter deze hoe dan ook had dienen op te heffen.

De beoordeling hiervan heeft in het kader van onderhavige procedure enkel nog relevantie voor wat betreft de gedingkosten (in de beide instanties) gezien het hof thans, met het oog op de beslissing omtrent deze kosten, de vordering zoals aangebracht door de appellanten (en inzonderheid de wettelijkheid van het stakingsbevel d.d. 22 juli 2009 en d.d. 5 augustus 2009 en de bekrachtigingsbeslissingen d.d.

30 juli 2009 en d.d. 13 augustus 2009) dient te beoordelen.

9.b. Artikel 154, 1^o lid D.O.R.O. (thans artikel 6.1.47, 1^o lid V.C.R.O.) bepaalt dat de in het artikel 148 van dit decreet (thans artikel 6.1.5 V.C.R.O.) bedoelde ambtenaren, agenten of officieren van de gerechtelijke politie ter plaatse de onmiddellijke staking van het werk, van de handelingen of van het gebruik, mondeling kunnen bevelen wanneer zij vaststellen dat het werk, de handelingen of de wijzigingen een inbreuk vormen zoals bedoeld in artikel 146 van hetzelfde decreet (thans artikel 6.1.1 V.C.R.O.) of wanneer niet voldaan is aan de verplichting van artikel 114 §2 van hetzelfde decreet (thans artikel 4.7.19 §4 V.C.R.O.)

Dit bevel is een preventieve maatregel.

Krachtens artikel 154, 6^o lid D.O.R.O. (thans artikel 6.1.47, 6^o lid V.C.R.O.) kan de betrokkene in kort geding de opheffing van de maatregel vorderen tegen het Vlaamse Gewest, waarbij verder wordt bepaald dat de vordering wordt gebracht voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg in het ambtsgebied waarvan het werk en de handelingen werden uitgevoerd.

De rechter beslist hierbij ten gronde over de vordering tot opheffing en toetst hierbij het bevel op zijn externe en in interne wettigheid, en mag hierbij inzonderheid nagaan of het bevel een preventieve aard heeft dan wel berust op een machtsoverschrijding (vgl. Cass., 16 januari 2009, nr. C.06.0480.N).

M.a.w. heeft de voorzitter in kort geding daarbij, zonder daarbij de opportuniteit van het stakingsbevel te beoordelen, wel de mogelijkheid en de plicht om zich uit te spreken over de onwettigheid van dit stakingsbevel (voor zover betwist).

Deze materiële bevoegdheid van de voorzitter is een specifieke toegekende bevoegdheid, die enkel geldt voor de door de wetgever specifiek bedoelde vordering nl. in casu de vordering tot opheffing van het bekrachtigd bevel tot staking van de werken of handelingen waarvan wordt beweerd dat ze een inbreuk uitmaken op de V.C.R.O. (voorheen het D.O.R.O.).

Het weze daarbij opgemerkt dat deze uitdrukkelijk door de wetgever voorzien procedure wel verloopt volgens de "vormen van het kort geding" en derhalve ook door de voorzitter van de rechtbank wordt beslecht, maar in wezen niets met het kort geding te maken heeft.

De rechtspleging in kort geding wordt in de V.C.R.O. (voorheen het D.O.R.O.) weliswaar aangewend om een snelle procesgang te verzekeren doch de voorzitter behandelt hierbij geen voorlopige maatregelen zoals in het kort geding, doch de grond van de zaak. Zijn beslissing heeft dan ook gezag van gewijsde.

Eveneens in tegenstelling tot het kort geding, komt hier ook de urgentie niet bij te pas vermits het gaat om een specifieke procedure die haar oorsprong als dusdanig niet vindt in de urgentie.

De decreetgever schrijft enkel voor dat men voor de specifiek genoemde vordering de procedure van het kort geding moet volgen.

9.c. Het staat buiten betwisting dat het terras werd aangelegd zonder stedenbouwkundige vergunning.

De stakingsbevelen in casu hadden wat betreft het terras geenszins betrekking op de oprichting van werken maar op de instandhouding en het gebruik van een reeds opgericht terras.

Uit de voorliggende feitelijke gegevens blijkt immers duidelijk dat het terras reeds werd aangelegd in 1993 en zulks werd ook door o.m. de eerste appellants steeds voorgehouden n.a.v. zijn verhoor door de politiediensten.

Overigens wordt ook door de geïntimeerde nergens beweerd of aangehaald dat het terras door de appellants zou zijn aangelegd. M.a.w. wordt nergens voorgehouden dat de appellants als "oprichters" van het litigieuze terras zouden kunnen worden beschouwd.

Los van de gevoerde betwisting of voor het terras al dan niet een stedenbouwkundige vergunning noodzakelijk was (m.a.w. of dit op het ogenblik van de oprichting c.q. aanleg in 1993 vrijgesteld was van een vergunning in acht genomen de dat ogenblik toepasselijke bepalingen van het K.B. van 16 december 1971 tot bepaling van de werken en de handelingen die vrijgesteld zijn van ofwel de bemoeling van de architect ofwel van de bouwvergunning ofwel van het eensluidend advies van de gemachtigde ambtenaar) dient het volgende gesteld te worden.

Zoals boven reeds aangehaald is het stakingsbevel een preventieve maatregel. Het stakingsbevel is aldus gefundeerd op

de idee van de beveiliging van de macht van de (bodem)rechter om het herstel te bevelen (de herstellvordering toe te kennen). De rechtvaardiging van een dergelijke preventieve maatregel is dus gelegen in de bodemprocedure.

Deze herstellvordering ten gronde is (ongeacht of deze voor de burgerlijke rechter dan wel de strafrechter wordt geformuleerd) evenwel afhankelijk van de vaststelling van een strafbaar feit in de zin van artikel 6.1.1 V.C.R.O. (voorheen artikel 146 D.O.R.O.).

Uit de tekst van artikel 6.1.41, §1 V.C.R.O. (voorheen artikel 149, §1 D.O.R.O.) ("Naast de straf ...") volgt dat de herstelmaatregelen enkel kunnen bevolen worden voor gedragingen die door de V.C.R.O. (voorheen het D.O.R.O.) overeenkomstig artikel 6.1.1 VCRO (voorheen artikel 146 D.O.R.O.) strafbaar zijn gesteld. Dit geldt dus ook voor de maatregel die in voorkomend geval wordt gevorderd voor de burgerlijke rechtbank op grond van artikel 6.1.43 V.C.R.O. (voorheen artikel 151 D.O.R.O.).

Het bevelen van een herstelmaatregel is derhalve afhankelijk van de vaststelling van een stedenbouwmisdrijf, m.a.w. moet men het bestaan van een strafbaar feit vaststellen in de zin van artikel 146 D.O.R.O. (thans artikel 6.1.1 V.C..R.O.).

Welnu, gezien de appellanten geenszins als "oprichters" van het bedoelde terras kunnen worden beschouwd kan de herstellvordering lastens hen niet gegrond worden op het "oprichtingsmisdrijf".

Evenmin kan kennelijk een gebeurlijke herstellvordering worden gegrond op het "instandhoudingsmisdrijf".

Immers is het bedoeld onroerend goed gelegen in woongebied en m.a.w. niet in ruimtelijk kwetsbaar gebied in de zin van artikel 146, lid 4 D.O.R.O. (thans in de zin van artikel 1.1.2.10° V.C.R.O.).

Vanaf 22 augustus 2003 (datum van de inwerkingtreding van het decreet van het Vlaams Parlement van 4 juni 2003, B.S. 23 augustus 2003) kan immers een herstellvordering gegrond op een instandhoudingsmisdrijf met betrekking tot een goed gelegen in een niet ruimtelijk kwetsbaar gebied zoals omschreven in het 146, lid 4 DORO, hoe dan ook niet meer kon worden ingewilligd.

In dit verband laat het hof gelden dat alhoewel het hof van cassatie inderdaad reeds besliste dat onder de gelding van het

DORO het artikel 146, lid 3 D.O.R.O. (zoals ingevoegd door voormeld decreet) het strafbare karakter van het misdrijf van instandhouding buiten de ruimtelijk kwetsbare gebieden (zoals deze werden bepaald in artikel 146, lid 4 DORO, eveneens ingevoegd door artikel 7 van het voormeld decreet van het Vlaams Parlement van 4 juni 2003) niet werd opgeheven en aldus enkel een strafuitsluitingsgrond invoerde (vgl. Cass., 13 december 2005, P.05.0688.N) zeer recent toch werd geoordeeld dat indien door de appelrechters wordt geoordeeld dat het misdrijf van instandhouding was blijven bestaan na de invoering van artikel 146, lid 3 DORO en de herstellvordering, gelet op artikel 26 V.T.Sv. derhalve niet kon verjaren, zij hun beslissing niet naar recht verantwoordden (Cass, 21 maart 2011, C.10.0244).

Aldus moet besloten worden dat op het ogenblik dat het stakingsbevelen m.b.t. het terras werden gegeven door de bevoegde diensten (en deze werden bekrachtigd door de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur) hoe dan ook geen herstellvordering gegrond op het oprichtingsmisdrijf en/of het instandhoudingsmisdrijf nog nuttig kon worden ingesteld.

Voor zoveel als nodig merkt het hof op dat er betrekkelijk het terras evenmin sprake kan zijn van een gebruik dat valt onder de toepassing van de vergunningsplichtige functiewijzigingen of van een vergunningsplichtig gebruik.

Waar een stakingsbevel een administratief preventief handhavingsmiddel is dat door de overheid opgelegd wordt in afwachting van een beslissing ten gronde over de rechtmatigheid van het gebruik, dient gesteld dat aldus m.b.t. het terras hiervan op een oneigenlijke manier gebruik werd gemaakt. Een stakingsbevel kan niet als een repressief middel gebruikt worden om een reeds lang bestaande toestand waarvoor geen herstellvordering meer mogelijk is te sanctioneren.

Het feit dat de appellanten (inzonderheid de tweede appellante) ook m.b.t. het terras nog een stedenbouwkundige vergunning (regularisatievergunning) heeft aangevraagd (teneinde een onwettige doch niet meer sanctioneerbare toestand te regulariseren) en bekomen doet aan het bovenstaande niets af.

Aldus doorstaan het stakingsbevel d.d. 22 juli 2009 en de medegaande bekrachtigingsbeslissing d.d. 30 juli 2009, voor zover betrekking hebbende op het terras, en het stakingsbevel d.d. 5 augustus 2009 en de medegaande

bekrachtigingsbeslissing d.d. 13 augustus 2009 de wettigheidstoets niet.

9.d. Wat betreft de petanquebanen werden deze klaarblijkelijk wel opgericht c.q. aangelegd door de appellanten.

De appellanten (die uitbater zijn van de bedoelde handelszaak sedert 2001) laten in conclusies overigens uitdrukkelijk gelden:

"De petanquebanen, welke in de praktijk niet meer zijn dan verharde tuinpaden, liggen er reeds sinds 2002 en nooit waren er problemen tot een tweetal jaar geleden een nieuwe gebuur zich kwam vestigen."

Het hof laat desbetreffend gelden dat voor deze petanquebanen wel degelijk onder toepassing van artikel 99 §1 D.O.R.O. (thans artikel 4:2.1 V.C.R.O.) een voorafgaande stedenbouwkundige vergunning vereist was.

Het hof verwijst hiervoor naar artikel 99 §1, 1^o lid, 1^o DORO (onderlijning door het hof):

"Niemand mag zonder voorafgaande stedenbouwkundige vergunning:

1^o bouwen, op een grond één of meer vaste inrichtingen plaatsen, een bestaand gebouw afbreken, herbouwen, verbouwen of uitbreiden, met uitzondering van instandhoudings- of onderhoudswerken die geen betrekking hebben op de stabiliteit.

(...)"

en inzonderheid ook naar artikel 99 §1, 2^o lid DORO (onderlijning door het hof):

"Onder bouwen en plaatsen van vaste inrichtingen, zoals bedoeld in het eerste lid, 1^o, wordt verstaan het oprichten van een gebouw op een constructie of het plaatsen van een inrichting, zelfs uit niet-duurzame materialen, in de grond ingebouwd, aan de grond bevestigd of op de grond steunend omwille van de stabiliteit, en bestemd om ter plaatse te blijven staan, ook al kan het ook uit elkaar worden genomen, verplaatst of is het volledig ondergronds. Dit behelst ook het functioneel samenbrengen van materialen waardoor een vaste inrichting of constructie ontstaat, en het aanbrengen van verhardingen."

Het blijkt niet (en wordt evenmin aangehaald door de appellanten) dat de bedoelde petanquebanen vrijgesteld waren van vergunning overeenkomstig het voormeld (en op het ogenblik van de oprichting ervan nog geldende) K.B. van 16 december 1971.

Gelet op het feit dat:

- burgerrechtelijk de herstellvordering vanwege de bevoegde overheid dient beschouwd te worden als een rechtsvordering tot vergoeding van buitencontractuele schade, in de zin van artikel 2262 bis, §1, 2^{de} en 3^{de} lid B.W. (met dien verstande dat thans middels de V.C.R.O. de verjaring van de herstellvordering van de stedenbouwkundige inspecteur en van het college van burgemeester en schepenen in de Codex is ingeschreven);
- op de herstellvordering anderzijds het verjaringsregime ex artikel 26 V.T.Sv. ook van toepassing is (hetgeen ook het geval is onder toepassing van de V.C.R.O.);

kan/kon wat betreft de vastgestelde inbreuk aangaande de petanquebanen hoe dan ook nog op nuttige wijze een herstellvordering ten gronde worden ingeleid, gesteund op het oprichtingsmisdrijf (als "four") in hoofde van de appellanten.

Aldus kon het stakingsbevel d.d. 22 juli 2009 ter dege nog zijn preventieve functie vervullen.

Artikel 154 D.O.R.O. (thans artikel 6.1.47, 1^o lid V.C.R.O.) voorziet in de mogelijkheid om het "gebruik" stil te leggen van niet-vergunde werken, zonder dat uit deze wetsbepaling kan worden afgeleid dat daarbij vereist zou zijn dat de (wederrechtelijke) werken nog in uitvoering zijn (m.a.w. niet voltooid zouden zijn).

Er wordt geenszins aangetoond dat noch de bevoegde diensten bij het uitvaardigen van het stakingsbevel voor wat betreft de petanquebanen noch de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur bij het bekrachtigen van dit stakingsbevel zich aan machtsoverschrijding zouden hebben schuldig gemaakt.

Betrekkelijk de petanquebanen is er evenmin sprake van enige kennelijke onredelijkheid noch van enige disproportionaliteit van de bestreden maatregelen.

De inbreuk is duidelijk, bewust en volhardend gedurende vele jaren.

Het stakingbevel was noodzakelijk m.b.t. de handhaving van de stedenbouwkundige voorschriften en van de goede ruimtelijke ordening.

Immers, dit optreden kadert in het beleid zelf dat op preventief optreden gericht is m.n. het precies doen ophouden van een

(reeds jarenlang volgehouden) wederrechtelijke toestand (met het oog op het instellen van een herstellvordering) en was dan ook volkomen verantwoord, gepast en redelijkerwijze verantwoord.

Het al dan niet treffen van bepaalde maatregelen behoort uitsluitend tot de opportuniteitsbeoordeling vanwege de administratie.

9.f. Hetgeen voorafgaat wijst er op dat de vordering van de appellanten deels gegrond had verklaard dienen te worden, in die zin dat tot de opheffing van het:

- het stakingsbevel d.d. 22 juli 2009 en de medegaande bekrachtigingsbeslissing d.d. 30 juli 2009 voor zover betrekking hebbende op het terras;
- het stakingsbevel d.d. 5 augustus 2009 en de medegaande bekrachtigingsbeslissing d.d. 13 augustus 2009

had dienen besloten te worden.

Gelet op bovenstaande beoordeling dient, gesteld dat de partijen "*onderscheidenlijk omtrent enig geschilpunt in het ongelijk zijn gesteld*" zodat (conform artikel 107, 4^o lid Ger.W.) de kosten van de beide instanties tussen hen worden omgeslagen in die zin dat elk van de partijen zijn eigen kosten dient te dragen en de wederzijdse rechtsplegingvergoedingen worden gecompenseerd.

10.

Alle andersluidende conclusies worden door het hof verworpen als ongegrond, niet dienend en/of irrelevant.

**OM DEZE REDENEN,
HET HOF,**

recht doende op tegenspraak.

In acht genomen artikel 24 van de wet van 15 juni 1935.

Verklaart het hoger beroep van de appellanten ontvankelijk en in de navolgende mate gegrond.

Doet de bestreden beschikking teniet.

Stelt vast dat het stakingsbevel d.d. 22 juli 2009 en de medegaande bekrachtigingsbeslissing d.d. 30 juli 2009 alsook het d.d. 5 augustus 2009 en de medegaande bekrachtigingsbeslissing d.d. 13 augustus 2009 zonder voorwerp zijn geworden.

Slaat de kosten van de beide instanties tussen de partijen om in die zin dat elk van de partijen zijn eigen kosten dient te dragen en de wederzijdse rechtsplegingvergoedingen worden gecompenseerd, deze kosten en rechtsplegingvergoedingen derhalve niet nuttig nader te begroten zijnde.

Aldus gewezen door de **negende kamer** van het Hof van beroep te Gent, recht doende in burgerlijke zaken, samengesteld uit:

De heer H. Verhaest Kamervoorzitter,

De heer A. Colpaert Raadsheer,

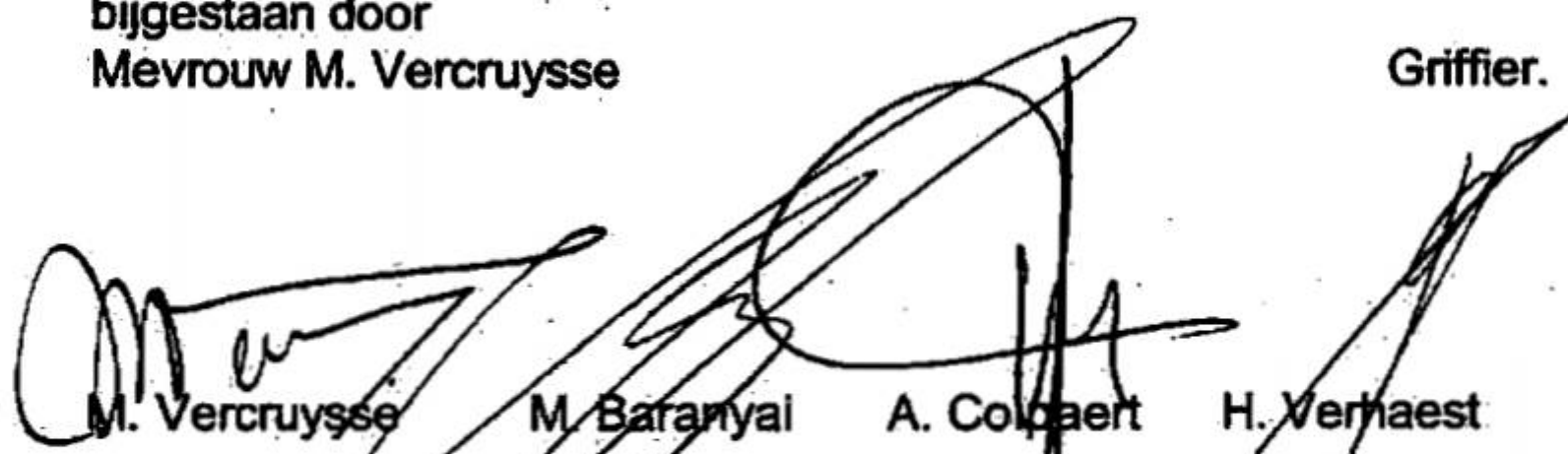
De heer M. Baranyai Raadsheer,

en uitgesproken door de Kamervoorzitter van de kamer in openbare terechtzitting op **dertig september tweeduizend en elf**,

bijgestaan door

Mevrouw M. Vercruysse

Griffier.



M. Vercruysse

M. Baranyai

A. Colpaert

H. Verhaest

Rep. nr.: 2011/ 6150

Aangeboden op
Niet te registreren;

04 OKT. 2011

177/1

Anja WILLEMS

Ea. inspecteur a.i.