

Numme:

Rep. Nummer: **3713**

Zitting van:  
15/5/2007

## TUSSENARREST

Het Hof van beroep te Antwerpen, zitting houdend  
te Antwerpen, ZESDE KAMER,

Recht doende in burgerlijke zaken,

heeft het volgende arrest uitgesproken:

In zake: 2006/RK/421

het VLAAMS GEWEST, te 1000 Brussel, Martelaarsplein 19,  
vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering, overeenkomstig  
artikel 82 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, tot  
hervorming der instellingen, vervolgingen en benaastigingen voor  
wie optreedt de

a p p e l l a n t,

tegen de beschikking gewezen door de Voorzitter  
van de rechtbank van eerste  
aanleg te Tongeren van 23 oktober 2006;

vertegenwoordigd door Meester  
advocaat te

tegen:

1. fabrieksarbeider, en
2. huishoudster, beiden wonende te

g e ï n t i m e e r d e n,

1., bijgestaan, en 2.,  
vertegenwoordigd door Meester  
advocaat te

\* \* \*



***De ruwbouw van de woning is bijna volledig gerealiseerd. Enkel de 2 kleine spitsen werden nog niet opgericht. Op deze hoogte zijn een 7-tal houten balken zichtbaar.***

*[...]*

*Deze werken werden uitgevoerd:*

- zonder voorafgaande stedenbouwkundige vergunning vanwege het college van burgemeester en schepenen van de*
  
- niet in overeenstemming met de goedgekeurde plannen en bepalingen van het vergunningsbesluit, verleend door het college van burgemeester en schepenen van de gemeente in zitting van: 21/1/2005.[...]"*.

Door de gemachtigde ambtenaar werd vervolgens krachtens artikel 154 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening ter plaatse een schriftelijk bevel tot onmiddellijke staking der werken aangeplakt op de voorgevel.

Het bevel tot staking van de werken werd daaropvolgend door de Gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur bekrachtigd bij beslissing van 31 augustus 2005.

1.3.- Het College van burgemeester en schepenen van heeft in zitting van 12 mei 2006 een door geïntimeerden ingediende regularisatieaanvraag afgewezen.

1.4.- Bij dagvaarding in kort geding betekend op 3 oktober 2006 vorderen geïntimeerden om overeenkomstig artikel 154 laatste lid van het Decreet Ruimtelijke Ordening van 18 mei 1999 de opheffing te bevelen van het bevel tot staking van de bouwwerken van 21 augustus 2005 van geïntimeerden op het adres  
ten kadaster gekend onder  
perceelnummer

1.5.- De bestreden beschikking uitgesproken op 23 oktober 2006 stelt vooreerst vast dat de kroonlijsthoogte afwijkt van het ter plaatse geldende bijzonder plan van aanleg en dat uit de voorgelegde stukken, te weten een akkoord met de bureu en de vergunde plannen, niet kan worden besloten dat een afwijking werd toegestaan. Bij de bouwaanvraag en de bijgevoegde plannen werden er immers geen duidelijke en precieze gegevens verstrekt over de voorgenomen afwijking van het BPA wat het inplantingniveau betreft, zodat van enige toestemming in hoofde van de vergunningverlenende overheid geen sprake kan zijn. Het akkoord met de bureu heeft anderzijds betrekking op het plaatsen van een draadafsluiting tussen beide eigendommen "op het gezamenlijke niveau van de inritten" zonder dat er enige aanduiding van de inplanting van deze inritten ten aanzien van het maaiveld wordt vermeld. De eerste rechter oordeelt verder wel dat het bevel tot het stilleggen van de werken kennelijk onredelijk is en dus onrechtmatig werd verleend daar het eerder laattijdig is en in elk geval te ingrijpend en wel om volgende redenen:

- het bevel tot staking werd uitgevaardigd op een ogenblik dat de ruwbouwwerken, behoudens het dak) quasi voltooid waren;
- uit het positief advies van de provincie naar aanleiding van de regularisatieaanvraag blijkt dat er tengevolge van de bouwinbreuken geen bijkomende woonlaag gecreëerd werd en dat het uitzicht van het gebouw in zijn huidige toestand geen afbreuk doet aan de bebouwing in de omgeving noch de privacy van de aanpalende eigenaars verstoort;
- volgens de provincie is een regularisatie mogelijk; er is een objectieve redengeving voorhanden om af te wijken van het BPA.

De bestreden beschikking verklaart derhalve de vordering gegrond en beveelt dienvolgens de opheffing van het bevel tot staking van 30 augustus 2005.

1.6.- Tegen deze beschikking heeft appellant hoger beroep ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 29 november 2006.

1.7.- In dit verzoekschrift en in zijn op 25 januari 2007 neergelegde besluiten werpt appelland vooreerst op dat de toetsingsbevoegdheid van de Rechter wat betreft een bekrachtigd stakingsbevel zich beperkt tot een wettigheidstoets waarin begrepen een marginale toetsing naar de kennelijke ofwel zeer manifeste onredelijkheid. Het bevel tot staking is een preventieve maatregel. Een inbreuk op de vergunningsplicht of een strijdigheid met een uitvoeringsplan volstaan opdat de overheid kan overgaan tot het rechtsgeldig uitvoeren van een stakingsbevel. De eerste rechter vermocht niet zijn beoordeling in de plaats te stellen van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de administratie en aan geïntimeerden een toelating of machtiging of gedogen toe te kennen, die hen het recht geeft om de werken verder te zetten, nu het wederrechtelijk karakter van de woning vaststond en geïntimeerden niet beschikken over een regularisatievergunning. Geïntimeerden hebben in strijd met de verleende vergunning en het geldend BPA gebouwd, zodat het stakingsbevel voldoende en afdoend gemotiveerd is. De aangehaalde motieven houden verband met de goede ruimtelijke ordening en getuigen van een redelijke opvatting. Appelland streeft geen ander oogmerk na dan datgene dat hem door de wet is opgelegd, zodat er ook geen sprake kan zijn van machtsafwijking. De inbreuk, te weten de oprichting van een woning met een met de goedgekeurde bouwplannen strijdige kroonlijsthoogte, kon slechts na beëindiging van de ruwbouwwerken worden vastgesteld. Het stakingsbevel is dan ook niet laattijdig. Daarenboven is het toepassingsgebied van artikel 154 DORO niet beperkt tot de loutere oprichting van een illegaal bouwwerk, maar kan ook slaan op het gebruik van een illegaal opgerichte woning. Geïntimeerden hebben trouwens zelf meer dan 13 maanden gewacht alvorens op het stakingsbevel te reageren, waaruit mag worden afgeleid dat zij hierin hebben berust. Er is alleszins geen sprake van een kennelijke en manifeste onredelijkheid. Het stakingsbevel beoogt in casu de stopzetting van de oprichting en afwerking van een wederrechtelijke constructie en is er bijgevolg enkel op gericht de goede plaatselijke ruimtelijke ordening te vrijwaren. Het herstel zelf komt hier niet ter sprake, vermits de bevolen stopzetting een louter bewarende maatregel is. Geïntimeerden geven overigens toe dat zij in strijd met de bepalingen van het geldende bijzonder plan van aanleg goedgekeurd op 22 juli 1982 en gewijzigd op 9 september 1998, bouwden. Dit volstaat om tot de wettigheid van het stakingsbevel te besluiten.

Uit de voorgelegde stukken kan niet worden besloten dat door de overheid een zelfs impliciete afwijking zou zijn toegestaan. Het akkoord van de burens heeft enkel betrekking op een draadafsluiting tussen beide eigendommen op het niveau van de inritten, zonder dat enige aanduiding van de inplanting van deze inritten ten aanzien van het maaiveld wordt vermeld. Het akkoord tussen private eigenaars doet geen afbreuk aan de verplichting van een bouwheer om voorafgaandelijk aan vergunningplichtige bouwwerken een uitdrukkelijke vergunning te bekomen van het college van burgemeester en schepenen. Het College van burgemeester en schepenen heeft bij besluit van 12 mei 2006 de regularisatieaanvraag geweigerd om reden dat de aanvraag te sterk afwijkend is met de normatieve bepalingen van het BPA. De overige inbreuken zijn irrelevant bij de beoordeling van het kwestieuze stakingsbevel, nu dit bevel enkel, minstens in hoofdzaak, werd gemotiveerd op basis van de kroonlijsthoogte. In het advies van de bestendige deputatie wordt de regularisatie als vanuit ruimtelijk oogpunt aanvaardbaar bevonden, maar hierin wordt ook benadrukt dat een afwijking van de voorschriften van het bijzonder plan van aanleg slechts is toegestaan mits een met redenen omkleed voorstel van het College van burgemeester en schepenen. Dergelijk voorstel is evenwel niet voorhanden. Met betrekking tot het door geïntimeerden ingesteld incidenteel beroep werpt appelland op dat de Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg geen definitieve beslissing nopens het bodemgeschil mag nemen en bijgevolg enkel een stakingsbevel kan opheffen of de vordering tot opheffing ervan kan afwijzen. Het incidenteel beroep, strekkende tot het horen zeggen voor recht dat de bouwvergunning impliciet een afwijking op het BPA toeliet, is dan ook onontvankelijk. Deze vordering is bovendien een eisuitbreiding in hoger beroep, die niet berust op een feit of akte aangevoerd in de inleidende dagvaarding. Het betreft een verzet tegen een nieuw stakingsbevel dat op 16 november 2006 werd uitgevaardigd en betrekking heeft op de afwerking van de spitsen en de dakafwerking met pannen, hetgeen een definitieve en permanente afwerking van de illegale constructie uitmaakt. De eisuitbreiding steunt bijgevolg op nieuwe feiten en is derhalve onontvankelijk. Tenslotte, is de eisuitbreiding strekkende tot recuperatie van de kosten van verdediging ongegrond, nu de vordering niet gesteund is op de contractuele aansprakelijkheid van appelland. Appelland besluit derhalve tot de vernietiging van de bestreden beschikking en de niet-ontvankelijkheid minstens ongegrondheid van het incidenteel beroep.

1.8.- Geïntimeerden beamen in synthesebesluiten neergelegd op 2 maart 2007 de redengeving van de bestreden beschikking. Zij stellen bijkomend dat de bestuurlijke handeling dient te worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Volgens geïntimeerden houdt de bouwvergunning een impliciete afwijking van de voorschriften van het BPA in, hetgeen dient te worden afgeleid uit de op bij de bouwvergunning ingediende plannen getekende bouwniveaus, die voortgaat op het bouwniveau van het aanpalend pand dat zelf van de voorschriften van het BPA afwijkt. Het stakingsbevel is dan ook onwettig daar het niet op een correcte feitenvinding steunt, noch op een afdoend en volledig onderzoek, hetgeen een schending uitmaakt van het zorgvuldigheidsbeginsel. De vloerpeilen van de omliggende woningen wijken eveneens af van de voorschriften van het BPA, hetgeen er op wijst dat het stakingsbevel niet uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. De aard en de omvang van de inbreuken werden verder niet afgewogen met de ernst van de opgelegde sanctie. Bij eisuitbreiding vorderen geïntimeerden gemachtigd te worden om, vooraleer het bouwdoossier stedenbouwkundig in regel te brengen, de bouw winddicht af te werken, minstens het onderdak aan te brengen, hetgeen noodzakelijk is om hun schade te beperken. Dit betreft een bewarende maatregel ter beveiliging van de constructie. Deze eisuitbreiding heeft geen betrekking op het nieuw stakingsbevel. Er kan anderzijds geen sprake zijn van enige berusting in het stakingsbevel. Berusting houdt een afstand van recht in, hetgeen slechts expliciet kan gebeuren. Tenslotte vorderen geïntimeerden ook de terugbetaling van hun kosten van verdediging, begroot op 4.103,40 EUR. Deze kosten waren noodzakelijk, gezien de kwestieuze procedure niet zonder de bijstand van een juridische raadgever kon gevoerd worden. Geïntimeerden besluiten derhalve tot de ongegrondheid van het hoger beroep en de gegrondheid van hun incidenteel beroep en bijgevolg tot het zeggen voor recht dat de motivering van de bestreden beschikking in die zin moet aangepast worden dat voor recht dient gesteld dat de aan geïntimeerden verleende bouwvergunning gebaseerd was niet op het wegpeil, maar wel op het bouwpeil van het perceel te en dat alzo de op 21 januari 2005 verleende bouwvergunning hierop impliciet een afwijking inhield ten opzichte het geldende BPA, tot het akte verlenen van hun eisuitbreiding en dienvolgens de veroordeling van appellant tot betaling aan

geïntimeerden van hun kosten voor juridische bijstand ten bedrage van 4.103,40 EUR. In ondergeschikte orde, besluiten geïntimeerden, in zoverre hun incidenteel beroep ongegrond zou worden verklaard, tot het zeggen voor recht dat zij gemachtigd zijn, alvorens het dossier stedenbouwkundig in regel te doen brengen beveiligingswerken uit te voeren en m.n. de bouw volledig winddicht te maken, minstens het onderdak aan te brengen.

## **2. Beoordeling:**

2.1.- De beoordeling van de wettelijkheid of onwettelijkheid van een schadeverwekkende administratieve beslissing houdt op tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken te behoren noch doordat die beslissing het voorwerp kan zijn van een beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State, noch doordat dergelijk beroep wegens laattijdigheid niet ontvankelijk werd verklaard of niet meer mogelijk is, noch doordat de administratieve overheid over een zogezegde soevereine beslissingsmacht inzake de betwiste aangelegenheid zou beschikken (Cass., 7 november 1975,

Het behoort tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht de interne en externe wettigheid van het handelen of het niet-handelen van een overheid te toetsen en te onderzoeken of het strookt met de wet dan wel op machtsoverschrijding of machtsafwendings berust. Het behoort evenwel niet aan de rechterlijke macht de opportuniteit van dit handelen of niet-handelen te beoordelen (Cass., A.R. 31 mei 2001. *Amén.* 2004 (weergave M. BOES), afl. 3, 187, *Arr. Cass.* 2001. *Juristenkrant* 2001 (weergave S. LUST), afl. 33, 1, *Pas.* 2001, afl. 5-6, 1002, *R.W.* 2003-04 (verkort), afl. 17, 656, noot "Over het begrip 'exploitant' in het Milieuvergunningendeceet en de kwestie of de burgemeester kan of moet optreden bij exploitatie zonder vergunning", (*R.W.* 2003-04, afl. 17, 657-660), *T.M.R.* 2002, afl. 1, 89, noot). Het bestuur dat op grond van zijn discretionaire bevoegdheid een beslissing neemt, beschikt dus over een beoordelingsvrijheid die het de mogelijkheid biedt zelf te oordelen over de wijze waarop het zijn bevoegdheid uitoefent en de meest geschikt lijkende oplossing te kiezen binnen de door de wet gestelde grenzen.



De Rechterlijke Macht is bevoegd om een door het bestuur bij de uitoefening van zijn niet-gebonden bevoegdheid begane onechtmatige aantasting van een subjectief recht zowel te voorkomen als te vergoeden, maar daarbij vermag zij niet aan het bestuur zijn beleidsvrijheid te ontnemen en zij vermag niet zich in de plaats van het bestuur te stellen (Cass.. 4 maart 2004. *NjW*, 2004, 983; Cass. 14 januari 1994<sup>a</sup> met conclusies eerste advocaat-generaal *Pas.*, 1994, I, p. 41. *R.W.*, 1994-95, p. 90-91; Cass., 19 april 1991. met conclusies advocaat-generaal *Pas.*, 1991, I, p. 751, *R.W.*, 1991-92, p. 86-88).

2.2.- De Voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg zetelend in kort geding beoordeelt op grond van artikel 154, laatste lid, van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening enerzijds de formele wettigheid van het stakingsbevel, maar ook de interne wettigheid en de opportuniteit van de handeling anderzijds. De voorzitter put bovendien uit de samenhang van het gemeen recht en artikel 154 van het voormeld Decreet het recht om te beslissen over de noodzaak en de opportuniteit (het voorkomen van willekeur van de administratie), alsmede over de dringende aard van de aangelegenheid (R. VEKEMAN, *Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw*, Antwerpen. Kluwer, 1999, p. 63 nr. 26; Cass., 14 februari 1997, *Pas.*, 1997, I, 87).

Krachtens het nieuwe artikel 149, § 1, eerste lid, laatste zin, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening is voor inbreuken die dateren van vóór 1 mei 2000 voortaan een eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid vereist. Artikel 198bis, tweede lid, DORO bepaalt dat de rechter ingediende vorderingen voor inbreuken, die dateren van vóór 1 mei 2000 maar die nog niet voor eensluidend advies werden voorgelegd aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, alsnog kan voorleggen voor eensluidend advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

Het Arbitragehof heeft evenwel bij arrest nr. van 22 juli 2004 geoordeeld dat artikel 149, § 1, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, zoals vervangen bij artikel 8, 1°, van het decreet van het Vlaamse Gewest van 4 juni 2003, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schenden doordat het een verschil in behandeling doet ontstaan naargelang het bouw misdrijf vóór of na 1 mei 2000 is gepleegd (Arbitragehof nr. 22 juli 2004, *NjW* 2004, 1274). Het Arbitragehof heeft bij arrest nr. van 19 januari 2005 (*B.S.*, 31 januari 2005) de woorden "vóór 1 mei 2000" in artikel 149, § 1, eerste en derde lid, DORO vernietigd. Artikel 149, § 1, eerste en derde lid, DORO moet ingevolge deze arresten gelezen worden door abstractie te maken van de woorden "vóór 1 mei 2000". De bepaling blijft evenwel voor het overige in stand (zie conclusie Procureur-generaal voor Cass. 22 februari 2005, *C.D.P.K.* 2005, afl. 2, 384).

In zoverre inbreuken werden gepleegd en vastgesteld na 1 mei 2000, dient bijgevolg eveneens een eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor te liggen, indien de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen op wier grondgebied de werken, handelingen of wijzigingen, bedoeld in artikel 146 van voormeld decreet werden uitgevoerd, voor de rechtbank zouden vorderen dat het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand of de staking van het strijdige gebruik, en/of de uitvoering van bouw- of aanpassingswerken en/of de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen zou worden bevolen.

Gezien thans dient te worden geoordeeld over de noodzaak en de opportuniteit van het stakingsbevel, belet niets, al werd vooralsnog geen herstellvordering door de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen ingesteld, dat reeds het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid zou worden gevraagd. Inderdaad, in zoverre de Hoge Raad voor het Herstelbeleid ongunstig omtrent een gebeurlijke herstellvordering zou adviseren alsdan ook tot het gebrek aan noodzaak en/of opportuniteit van het stakingsbevel zou dienen te worden besloten.

Door het Hof dient te worden vastgesteld dat geïntimeerden met klem betwisten dat hun woning niet conform aan de goedgekeurde bouwplannen werd opgericht en dat zij in het bijzonder beweren dat de door hen uitgevoerde werken in overeenstemming zijn met de hen door het College van burgemeester en schepenen van de op 21 januari 2005 verleende stedenbouwkundige vergunning en met de hierbij goedgekeurde plannen. De kwestieuze stedenbouwkundige vergunning zou minstens een impliciete afwijking van het Bijzonder Plan van Aanleg inhouden.

Het betreft hier een complex technisch probleem waaromtrent het Hof niet de nodige kennis beschikt om hierover op basis van de voorgelegde stukken te oordelen.

Alvorens nader te oordelen komt het gepast voor bij toepassing van artikel 198*bis*, tweede lid, van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, zoals hierna nader bepaald, het eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in te winnen aangaande een gebeurlijk herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand of de staking van het strijdige gebruik, en/of de uitvoering van bouw- of aanpassingswerken en/of de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het vermeend misdrijf heeft verkregen.

**OM DEZE REDENEN,**

**HET HOF,**

Gelet op artikel 24 van de wet van 15 juni 1935;

Recht doende op tegenspraak,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk;

En alvorens nader recht te doen over de gegrondheid van het hoger beroep, de ontvankelijkheid en gegrondheid van het incidenteel beroep resp. van de uitbreiding van vordering in hoger beroep,

Beslist dat bij toepassing van artikel 198*bis*, tweede lid, van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wordt gevraagd omtrent het gebeurlijk herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand of de staking van het strijdige gebruik, en/of de uitvoering van bouw- of aanpassingswerken en/of de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde die het goed door het vermeend misdrijf heeft verkregen;

Beveelt dat daartoe, zoals voorzien in de artikelen 28 en 29, § 1, van het huishoudelijk reglement van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 16 december 2005, de vereiste stukken en gegevens aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid bij aangetekend schrijven zullen worden overgemaakt, zijnde minstens:

1. een eensluidend verklaard afschrift van dit arrest waarbij met toepassing van artikel 198*bis*, tweede lid, van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wordt geadieerd;
2. een eensluidend verklaarde kopie van de dagvaarding in kort geding betekend op 3 oktober 2006 houdende de vordering tot opheffing van het bevel tot staking van de bouwwerken van 21 augustus 2005 van geïntimeerden op het adres  
ten kadaster gekend onder  
waarover het  
eensluidend advies wordt gevraagd;

Verstaat dat deze adviesaanvraag zal worden overgemaakt aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid op het volgende adres:

Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap  
Hoge Raad voor het Herstelbeleid  
Phoenixgebouw  
Koning Albert II-laan 19 bus 14  
1210 Brussel  
Telefoon: 02/553.17.93  
Fax: 02/553.17.94  
E-mail: [info@hrh.vlaanderen.be](mailto:info@hrh.vlaanderen.be)

Verstaat dat de griffier daartoe het nodige zal doen op verzoek van de meest gereede partij;

Verzendt de zaak naar de bijzondere rol;

2006/RK/421  
15/5/2007

13

Houdt de beslissing omtrent de kosten aan.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting  
van het **HOF VAN BEROEP** te **ANTWERPEN** van  
**VIJFTIEN MEI TWEEDEUIZENDENZEVEN**,  
waar aanwezig waren:

Voorzitter;

en

Raadsheren;  
Griffier.