

Nr. C/1731/10
van het arrest

Nr. 2010/4955
van het repertorium

Nr.

2010 PGA 2058
2010 VJ11 400
van de zaak

- urbanisatie

ARREST

Het Hof van Beroep zetelende te Antwerpen
12^{de} kamer
recht doende in Correctionele Zaken,
verleent het volgende arrest:

Inzake van

autohersteller,
wonende te

rechtstreeks dagende partij

vertegenwoordigd door Mr.
bij de balie van

, advocaat

tegen

1. het OPENBAAR MINISTERIE

2. De **STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR**,
bevoegd voor de provincie
met kantoren gevestigd te

doch woonplaats gekozen hebbende bij
gerechtsdeurwaarder te
kantoor houdende

rechtstreeks gedaagde partij

vertegenwoordigd door Mr. advocaat bij
de balie van

Rechtstreeks gedaagd:

bij exploit van gerechtsdeurwaarder
met kantoor te
op 2 december 2008 betekend aan de Stedenbouwkundige
Inspecteur en op 3 december 2008 betekend aan het
Openbaar Ministerie

de rechtstreekse dagvaarding luidende als volgt:

Aangezien verzoekende partij - in hoofdorde - de
opheffing vraagt van de dwangsom die bijkomend werd
opgelegd bij een veroordeling tot herstel van de
plaats in zijn oorspronkelijke toestand bij vonnis
van de Correctionele Rechtbank te Mechelen dd. 21 mei
1992, 4e kamer, nr. 786;

In ondergeschikte orde, wordt de vermindering van de
dwangsom gevorderd;

Het bevel opgelegd in het vonnis van de Correctionele
Rechtbank te Mechelen (nr. 786) luidt als volgt:

*"Veroordeelt de beklaagde tot herstel van de plaats
in de vorige staat door het slopen en / of
verwijderen van de garage-bergplaats, garage-
onderhoudwerkplaats, vergaarbak, bergplaats, twee
bovengrondse brandstoftanks, opslagplaats voor
gebruikte voertuigen en een door beton verhard
terrein, binnen een termijn van één jaar nadat het
vonnis in kracht van gewijsde is gegaan;*

*Veroordeelt de beklaagde tot betaling aan de 5e
burgerlijke partij van een dwangsom van 2.000 BEF/
dag wanneer hieraan geen gevolg wordt gegeven binnen
de voorgestelde termijn";*

De opheffing, en ondergeschikt de vermindering van de dwangsom, overeenkomstig artikel 1385 quinquies Ger.Wb., te verkrijgen;

A.

In hoofdorde, is de opheffing van de dwangsom geoorloofd op basis van de volgende redenen;

1.

Bij vonnis van 21 mei 1992 van de Correctionele Rechtbank te Mechelen werd verzoeker veroordeeld om over te gaan tot "herstel van de plaats in de vorige staat door het slopen en/of verwijderen van de garage-bergplaats, garage-onderhoudswerkplaats, vergaarbak, bergplaats, 2 bovengrondse brandstoftanks, opslagplaats voor gebruikte voertuigen en een door beton verhard terrein";

Het herstel diende te gebeuren binnen een termijn van 1 jaar nadat het vonnis in kracht van gewijsde was gegaan;

Op de niet-naleving van deze herstelverplichting, werd een dwangsom bepaald van 49,57 EUR / dag;

Verzoekende partij ging over tot het zich in regel stellen mbt de onregelmatigheden vast gesteld in dat strafrechterlijk vonnis en wel als volgt:

a.

Teneinde in het vonnis vermelde plaatsen af te breken, werd een sloopvergunning aangevraagd voor 4 bergplaatsen;

Aangezien verzoekende partij na de afbraak op dit terrein een reglementaire bergplaats voor autocars wenste op te richten, vroeg hij tegelijkertijd een bouwaanvraag aan voor het oprichten van een bergplaats voor autocars;

Op 3 september 1991 verkreeg verzoekende partij een vergunning voor het slopen van 4 bergplaatsen en het oprichten van een bergplaats voor autocars;

(Zie stukkenbundel verzoekende partij - stuk nr. 2);

b.

Deze bouwvergunning werd pas ten uitvoer gelegd, nadat het vonnis van 21 mei 1992 tussenkwam en nadat over deze kwestie duidelijkheid geschapen was door officiële briefwisseling tussen zijn raadsman en de raadsman van tweede gedaagde;

Er werd gedurende de beroepstermijn door gedaagde onvoorwaardelijk afstand gedaan van zijn rechten ten aanzien van de uitvoering van het vonnis voor wat betreft de betonverharding, de brandstoftank en de vergaarbak, zoals blijkt uit het schrijven van de raadsman van gedaagde dd. 2 juni 1992 (zie stukkenbundel verzoekende partij-- stuk nr. 4);--

C.

In ondergeschikte orde merkt verzoeker op dat - ondanks het feit dat hij hiertoe niet verplicht was, eveneens over ging tot de verwijdering van de betonverharding op het terrein;

2.

Gezien aldus bepaalde wederrechtelijk opgerichte en in stand gehouden constructies (betonverharding, de brandstoftank en de vergaarbak) niet meer moesten afgebroken worden overeenkomstig de brief van de raadsman van tweede gedaagde;

3.

Niettemin vordert gedaagde een dwangsom op grond van een 'verklaring' vanwege adjunct van de directeur bij ROHM Ruimtelijke Ordening dd. 22 november 1999 waarin zij het volgende verklaart:

'De constructies waarvan de afbraak werd bevolen bij vonnis dd. 21.05.1992 van de correctionele rechtbank te Mechelen werden niet alle gesloopt - de betonverharding en één der brandstoftanks werden niet verwijderd - waardoor de plaats niet in de oorspronkelijke staat werd hersteld.'

4.

Echter verzoeker beklemt toont dat er sprake is van een onmogelijkheid in zijn hoofd om het vonnis uit te voeren precies wat betreft de verwijdering van de betonverharding en de brandstoftanks;

Op basis hiervan wordt de opheffing, minstens de vermindering van de dwangsom kan verantwoord worden;

De onmogelijkheid zoals vereist volgens art. 1385 quinquies Ger.W., is gebaseerd op het principe van redelijkheid en billijkheid; De procedure voorziet in de mogelijkheid om de dwangsom op te heffen of te verminderen indien er zich een situatie voordoet waarin het onredelijk is om datgene te eisen waartoe de persoon werd veroordeeld onder verbeurte van een

dwangsom (K. Wagner, "Dwangsom", A.P.R., 2003, nr. 157);

Er is sprake van een onmogelijkheid indien de Rechter meent dat de uitvoering van de hoofdveroordeling impliceert dat voor de veroordeelde redelijkerwijze meer inspanningen vereist zijn dan de eisende partij zelf bereid zou zijn te leveren of anders gezegd, de onmogelijkheid doet zich voor indien het onredelijk zou zijn om meer inspanningen en zorgvuldigheid van de veroordeelde te vergen dan hij heeft betracht; (K. Wagner, "Dwangsom", A.P.R. 2003, nr. 185);

5.

Dienaangaande dient te worden gewezen op het feit dat nog voor de termijn van 1 jaar na het vonnis was verstreken, alle wederrechterlijk gebouwde of in stand gehouden constructies reeds afgebroken, of toegestaan werden door tweede gedaagde;

Van verzoekende partij eisen dat ondanks deze afstand er desalniettemin een afbraak dient te gebeuren en dienvolgens een dwangsom laten verbeuren, is in dermate onredelijk dat het de onmogelijkheid in zich draagt om aan het vonnis te voldoen;

Eerst (per 2 juni 1992) stellen dat men niet langer aandringt op de verwijdering van de betonverharding, de vergaarbak en de brandstoftanks om achteraf niettemin wel de dwangsom te laten verbeuren op grond van een eenvoudige 'verklaring' om verzoekende partij ertoe aan te zetten om deze constructie niettemin te laten afbreken, vergt dusdanige inspanningen van verzoeker die niet op redelijke wijze van hem verwacht kunnen worden;

Indien immers echter de Correctionele Rechtbank eerder had geweten dat tweede gedaagde zou afzien van de afbraak van de tank en de betonverharding dan hadden eerste en tweede gedaagde dit niet opgenomen in hun vordering tot herstel en zou in elk geval verzoekende partij daar nooit toe veroordeeld zijn geweest;

Bovendien zou de veroordeling in zijn totaliteit niet nodig geweest zijn aangezien de afbraak van de andere af te breken werken werd vergund door de sloopvergunning dd. 3 september 1991 en aldus nog voor de uitspraak van de Correctionele rechtbank;

Nu tweede gedaagde na het vonnis liet weten geen verder stappen in dit dossier meer te willen nemen maar pas achteraf toch aan de hand van een 'verklaring' komt stellen dat van alle werken die dienden te worden verwijderd, slechts de tank en de

betonverharding er nog staan, en dienvolgens een dwangsom laat verbeuren teneinde de afbraak ook van deze werken na te streven, zou het onredelijk zijn om van verzoekende partij die afbraak te eisen;

Dat aldus de (morele) onmogelijkheid moet worden vastgesteld in hoofde van verzoeker om aan de hoofdveroordeling te voldoen dient te worden vastgesteld dat aldus de dwangsom dient te worden opheven voor betreft de veroordeling tot wegname van de betonverharding de brandstoftank en de vergaarbak;

B.

In ondergeschikte orde, is de vermindering van de dwangsom geoorloofd wegens de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling van het vonnis van de Correctionele Rechtbank te Mechelen dd. 21 mei 1992 te voldoen, omdat het duidelijk was voor verzoeker dat dit gedeelte van de veroordeling niet moest worden uitgevoerd;

Het gedeelte van de dwangsom dat betrekking heeft op de verwijdering van de betonverharding, de brandstoftank en de vergaarbak, en waarvan verzoeker kon aannemen dat het vonnis van 21 mei 1992 wel degelijk NIET diende te worden uitgevoerd, moet in elk geval worden herleid tot 0,05 EUR / dag waarop de overtreding is blijven bestaan en dit gedurende de periode dat het voor verzoeker duidelijk was dat hij het vonnis van 21 mei 1992 voor wat betreft de bevolen afbraak van de betonverharding, de brandstoftank en de vergaarbak, wel degelijk op rechtsgeldige wijze lastens hem kon worden uitgevoerd;

C.

In meer ondergeschikte orde, moet de dwangsom in ieder geval verminderd worden tot totaal bedrag dat nodig is om de werken ambtshalve uit te voeren, hetgeen maximaal kan geschat worden op 10.000 EUR;

TEN EINDE:

Onder alle voorbehoud van rechten, zonder enige nadelige erkentenis, noch verzaking en met ontkenning van elk niet uitdrukkelijk erkend feit;

Te horen zeggen voor recht dat de vordering van verzoekster ontvankelijk en gegrond is;

Dienvolgens te horen zeggen voor recht dat de dwangsom opgelegd bij vonnis van 21 mei 1992 van de voormelde Rechter, opgegeven wordt vanaf de uitspraak, of minstens sinds het verbeuren van de

dwangsom tot 0,05 EUR / dag wordt herleid en dat maximaal het bedrag van 10.000 EUR kan worden verbeurd;

Kosten rechtens;

Het tussen te komen vonnis uitvoerbaar te horen verklaren bij voorraad niettegenstaande alle verhaal, zonder borgstelling en met uitsluiting van het vermogen tot kantonnement;

* * *

Gelet op het hoger beroep ingesteld op 4 maart 2010 door de rechtstreeks dagende partij tegen alle beschikkingen

tegen het vonnis, op tegenspraak gewezen door 1 rechter op 17 februari 2010 door de correctionele rechtbank van Mechelen, 11^e kamer, dewelke als volgt heeft beslist:

Verklaart de vordering van de rechtstreeks dagende partij ontvankelijk doch ongegrond.

Legt de kosten van de rechtstreekse dagvaarding ten laste van de rechtstreeks dagende partij.

Veroordeelt tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding begroot op € 1.200,00 aan de Stedenbouwkundig Inspecteur.

* * *

Gelet op het vonnis, op tegenspraak gewezen door 1 rechter door het correctionele rechtbank te Mechelen, 4^e kamer op 21 mei 1992, waarbij onder meer als volgt werd beslist ten laste van

Veroordeelt de beklaagde tot herstel van de plaats in de vorige staat door het slopen en/of verwijderen van de garagebergplaats, garageonderhoudswerkplaats, vergaarbak, bergplaats, twee bovengrondse brandstoftanks,

opslagplaats voor gebruikte voertuigen en een door beton verhard terrein, binnen een termijn van één jaar nadat het vonnis in kracht van gewijsde is gegaan.

Veroordeelt de beklaagde tot betaling aan de vijfde burgerlijke partij [het Vlaamse Gewest] van een dwangsom van 2.000 F. per dag wanneer hieraan geen gevolg wordt gegeven binnen de vastgestelde termijn.

Machtigt de vijfde burgerlijke partij [het Vlaamse Gewest] tot het uitvoeren van de herstelling na de vastgestelde termijn.

en dit uit hoofde van:

te zelfde kanton:

A. Sedert 1972 zonder onderbreking van meer dan 3 jaar, de feiten de achtereenvolgende en voortdurende uiting zijnde van eenzelfde opzet:

In overtreding met artikel 64 lid 1 van de wet van 29.3.1962, gewijzigd door art. 20 der wet van 22.12.1970, zonder voorafgaande, schriftelijke en uitdrukkelijke vergunning van het College van burgemeester en schepenen zoals vereist door artikel 44/1 van voormelde wet, door het uitvoeren of het instandhouden van werken of hoe dan ook, op een onroerend goed,

zijnde een bouwgrond,
gelegen te
groot 6 a 63 ca
ingeschreven op het kadaster te onder sectie

eigendom van

inbreuk te hebben gepleegd op de voorschriften van bijzondere plannen van aanleg, op de bepalingen van titel II of op die van de verordeningen vastgesteld ter uitvoering van het 1° hoofdstuk van titel IV van gemelde wet van 29.3.1962, gewijzigd door deze van 22.12.1970, namelijk door het oprichten en instandhouden van een garagebergplaats, een garage-onderhoudswerkplaats, een vergaarbak, een bergplaats, twee bovengrondse brandstoftanks, een opslagplaats voor gebruikte voertuigen en een terrein door beton verhard, werken zoals beschreven in PV nr. van

10.10.1990 van het bestuur van Ruimtelijke Ordening.

B. t/m H. ...

de oorspronkelijke dagvaarding overgeschreven te
op 8 november 1991, boek 11400, nr. 5
kosten: 2.103 frank
De Hypotheekbewaarder (get)

* * *

I. Procedure.

De voorzitter deed verslag.

Het Openbaar Ministerie werd gehoord in zijn advies.

De rechtstreeks gedaagde partij werd gehoord in haar middelen van verdediging, ontwikkeld door mr. advocaat bij de balie te

De door deze partij neergelegde conclusie werd in het beraad betrokken.

De rechtstreeks dagende partij werden gehoord in zijn middelen van verdediging, ontwikkeld door mr. advocaat bij de balie van

De door deze partij neergelegde conclusie werd in het beraad betrokken.

Het hoger beroep van de rechtstreeks dagende partij, naar vorm en termijn regelmatig, is ontvankelijk.

II. Motivering ten gronde.

Voor zover de rechtstreeks dagende partij voorhoudt dat hij aan de destijds definitief rechterlijk opgelegde hoofdveroordeling tot herstelmaatregelen heeft voldaan - door te stellen enerzijds dat er een akkoord was dat de betonverharding, de brandstoftank en de vergaarbak mochten blijven staan en anderzijds dat de overige wederrechtelijk opgetrokken bouwsels effectief

werden gesloopt - en dat hij derhalve om die motieven in de onmogelijkheid is overeenkomstig artikel 1385quinquies van het Gerechtelijk Wetboek, dient vastgesteld dat het Hof van beroep, als dwangsomrechter in hoger beroep, niet vermag te dezen de uitvoering van de hoofdveroordeling te onderzoeken met het oog op de vaststelling dat de opgelegde veroordeling tot de dwangsom geen voorwerp meer heeft doordat de hoofdveroordeling zou zijn uitgevoerd; zodanig onderzoek en beoordeling behelst een executiegeschil dat niet door de dwangsomrechter te beoordelen is; de latere bewering dat in tussentijd ook de betonnen verharding zou zijn verwijderd, is te dezen irrelevant; het komt daarenboven tegenstrijdig over enerzijds voor te houden aan de hoofdveroordeling te hebben voldaan en anderzijds voor te houden dat men in de onmogelijkheid is om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

Het optrekken van een nieuwe bergplaats - waaromtrent discussie zou bestaan of dit geschiedde in overeenstemming met de daartoe verleende stedenbouwkundige vergunning - is evenmin een feit, van aard voor de rechtstreeks gedaagde partij een onmogelijkheid uit te maken om aan de rechterlijk opgelegde herstelmaatregel te voldoen; de daartoe verleende stedenbouwkundige vergunning dateert trouwens van voor dat het veroordelend vonnis van 21 mei 1992 was tussengekomen en derhalve was dat gegeven reeds gekend alsdan; de bewering van de rechtstreeks dagende partij dat de rechter, bij het beoordelen van de zaak, het bestaan van de stedenbouwkundige vergunning van 3 september 1991 niet mee zou hebben overwogen, is niet aan te nemen nu immers de rechtstreeks dagende partij alsdan voor de rechter enerzijds een conclusie neerlegde op 26 maart 1992 waarin uitdrukkelijk melding werd gemaakt van die vergunning en anderzijds die vergunning ook als overtuigingsstuk neerlegde.

Het feit dat ten aanzien van de rechtstreeks dagende partij, bij vonnis van de correctionele rechtbank te Mechelen van 29 januari 1997, werd aangenomen dat "wat betreft de zaak na neerlegging deskundig verslag gezegd werd voor recht dat er thans geen redenen zijn om

te veroordelen tot betaling van een provisionele schadevergoeding van 200.000 frank ten belope van gedane en verder te betalen expertisekosten en dat, aangaande de (samengevoegde) zaak wat betreft de rechtstreekse dagvaarding, deze ontvankelijk doch ongegrond werd verklaard t.o.v. (o.a.) houdt helemaal niet in dat de rechtstreeks dagende

partij uit dat vonnis kon of mocht opmaken dat hij zich wel degelijk in orde bevond, integendeel.

In dit vonnis werd de rechtstreeks dagende partij er nog op gewezen dat hij reeds tot afbraak was veroordeeld bij definitief vonnis van 21 mei 1992 en dat een nieuwe vordering daaromtrent door de bureu ingeleid, dan ook stuitte op het gezag van het gewijsde van dat vonnis; dit vonnis van 29 januari 1997 was dan ook zeker geen vrijgeleide voor de rechtstreeks dagende partij.

Het proces-verbaal dat op 18 november 1999 werd opgesteld ten laste van de rechtstreeks dagende partij betrof duidelijk andere bouwinbreuken, met name in strijd met een stedenbouwkundige vergunning van 3 september 1991 (stelplaats voor autocars, reliëfwijziging en twee metalen containers) zodat het loutere feit dat noch daarin noch in de daarop gesteunde latere herstellvordering zoals ingediend geen melding werd gemaakt van de op dat ogenblik ook nog bestaande niet-naleving van de destijds rechterlijk opgelegde herstelmaatregelen naar aanleiding van vroegere en dus andere feiten, evenmin voor de rechtstreeks dagende partij van aard kon of kan zijn zich in de onmogelijkheid te bevinden aan dat rechtelijk bevel te voldoen.

De rechtstreeks dagende partij werd alleszins uitdrukkelijk aan haar verplichtingen tot het uitvoeren van de opgelegde herstelmaatregelen herinnerd door dat de stedenbouwkundig inspecteur op 15 december 1999 het veroordelend vonnis van 21 mei 1992 aan hem betekende met bevel teneinde de opgelegde dwangsommen te doen ingaan; het feit dat de rechtstreeks dagende partij, middels een beschikking bij verstek van de beslagrechter van 21 januari 2000, bekwam dat voor recht werd gezegd dat hij geen dwangsommen verschuldigd was, is niet van aard voor hem in de onmogelijkheid te zijn aan het opgelegde herstel te voldoen; die beschikking kwam tussen juist omdat de rechtstreeks dagende partij alsdan had voorgehouden aan het rechterlijk bevel te hebben voldaan en op dat punt geen tegenspraak had; deze beschikking werd, op verzet, trouwens teniet gedaan bij beschikking op tegenspraak gewezen op 18 januari 2008; dat die verzetsprocedure dermate tijd in beslag heeft genomen, is evenmin relevant met het oog op het onderzoek naar de beweerde onmogelijkheid voor de rechtstreeks dagende partij om aan het rechterlijk opgelegde herstel te voldoen; integendeel werd door de beslagrechter vastgesteld dat betrokkene nog steeds niet had voldaan ten genoegen van recht; gedurende al die tijd wist de rechtstreeks dagende

partij dat de stedenbouwkundig inspecteur van oordeel was dat niet voldaan was.

Het feit dat de rechtstreeks dagende partij, bij vonnis van de vrederechter van van 28 september 1998 veroordeeld werd tot het uitvoeren van werken aan de keermuur met de buur Verhaert, is niet van aard om daardoor in de onmogelijkheid te zijn aan het rechterlijk bevel van 21 mei 1992 te voldoen; voor zover de opgelegde werken aan de keermuur een stedenbouwkundige vergunning zouden vereisen, behoorde het aan de rechtstreeks dagende partij daarvoor te zorgen; alleszins was dat vonnis van de vrederechter voor de rechtstreeks dagende partij geen vrijgeleide om niet te voldoen aan het voorheen opgelegde herstel.

Samenvattend stelt het Hof vast dat de rechtstreeks dagende partij dan ook wel degelijk steeds de mogelijkheid had en nog heeft om aan het rechterlijk bevel tegemoet te komen en al zijn feitelijke beweringen zijn niet van aard anders te moeten oordelen; het was niet onredelijk om van hem alsdan meer inspanningen en zorgvuldigheid te vergen dan hij in werkelijkheid heeft betracht; dat hij eerder de weg koos van diverse procedures dan tot herstel over te gaan, is zijn eigen keuze geweest doch brengt geen onmogelijkheid in zijn hoofd mee om aan de veroordeling te voldoen; de opgelegde dwangsom, als dwangmiddel om de nakoming van het opgelegde herstel te bekomen, had en heeft nog steeds zin.

Nu geen blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de rechtstreeks dagende partij om aan de hoofdveroordeling te voldoen is aangetoond in de zin van artikel 1385 quinquies G.W. is het niet toegelaten om de destijds opgelegde dwangsom te verminderen; een gedeeltelijk voldoen aan het opgelegde herstel is daartoe evenmin grond; zelfs zo er al een gebeurlijke wanverhouding zou kunnen ontstaan tussen de dwangsom en het nog te verrichten deel van de rechterlijk opgelegde prestatie, kan zodanige vaststelling niet tot vermindering van de opgelegde dwangsom leiden.

OM DEZE REDENEN:

HET HOF,

Recht doende op tegenspraak,

Met toepassing van de artikelen:

- 11, 12, 14, 24, 31 tot 37 en 41 van de wet van 15 juni 1935
- 162, 182, 183, 185, 190, 190ter, 194, 195, 199, 200, 202, 203, 203bis, 210, 211 wetboek van strafvordering
- 1, 2, 3, 7 strafwetboek
- 1385quinquies gerechtelijk wetboek
- 162bis wetboek van strafvordering
- 1022 gerechtelijk wetboek
- 2 van het K.B. van 26 oktober 2007

Ontvangt het hoger beroep;

Bevestigt het bestreden vonnis;

Veroordeelt de rechtstreeks dagende partij tot de gedingkosten in hoger beroep, deze voorgeschoten door de openbare partij in totaal begroot op 77,56 euro;

Veroordeelt de rechtstreeks dagende partij tot betaling aan de rechtstreeks gedaagde partij van een rechtsplegingsvergoeding van DUIZEND TWEEHONDERD EURO in hoger beroep.

Dit arrest is gewezen te ANTWERPEN door het
HOF VAN BEROEP, TWAALFDE KAMER,
samengesteld uit

Voorzitter,

Raadsheer,

Raadsheer,

en op de openbare terechtzitting van

DRIE NOVEMBER TWEEDUIZEND EN TIEN

uitgesproken door Voorzitter

in aanwezigheid van Advocaat-generaal

met bijstand van Griffier