

1. ;, installateur verwarming en sanitair,  
en
2. ;, verpleegster,  
beiden samen wonende te ,  
geïntimeerden,  
hebbende als raadsman mr. ;, advocaat te

velt het Hof het volgend arrest:

1. Het hof verleende in deze zaak reeds een tussenarrest op 23 december 2005, waarbij alvorens te oordelen vastgesteld werd dat de zaak niet in staat van wijzen was.

De debatten werden heropend teneinde de partijen toe te laten duidelijkheid te verschaffen:

- (1) over de naleving van art. 160 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (*overschrijving*);
- (2) of en in welke mate het 1<sup>ste</sup> punt van de initiële dagvaarding wordt gehandhaafd (*het strijdige gebruik*).

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. Het bewijs wordt voorgelegd van de overschrijving van het exploit tot inleiding van het geding, bedoeld in de art. 149 tot en met 151 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, in het hypotheekkantoor van het gebied waar de goederen gelegen zijn (dossier GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR, map IV – *overschrijving van de dagvaarding d.d. 5 augustus 2002 te hypotheken, op 16 augustus 2002*)

Er is derhalve voldaan aan art. 160 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

3. De GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR bevestigt de handhaving van het gevorderde als 1<sup>ste</sup> punt in de initiële dagvaarding, als volgt:

*"de (geïntimeerden* *solidair, in solidum,*  
*minstens de een bij ontstentenis van de andere, te veroordelen*  
*tot de staking van het strijdige gebruik en het herstel in de*  
*oorspronkelijke staat van een perceel, met woning met*  
*autoberging en tuinberging, gelegen te*  
*met de kadastrale gegevens*

4. Het hoger beroep en het incidenteel beroep werden beiden tijdig en regelmatig ingesteld.

Aangaande de in conclusies opgeworpen onontvankelijkheid wordt geen enkel concreet middel aangevoerd.

Er zijn evenmin ambtshalve op te werpen middelen in die zin.

5. De GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR kan niet gevolgd worden waar thans (bij wijze van zgn. handhaving van vordering) wordt gevorderd *de staking van het strijdige gebruik* van het nader omschreven perceel met woning, autoberging en tuinberging.

De GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR heeft daarvan uitdrukkelijk afstand gedaan bij conclusie voor de eerste rechter (p. 5), voorhoudende dat het een louter materiële vergissing in de dagvaarding betrof.

Deze afstand werd geacteerd door de eerste rechter (p. 4, punt b).

De GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR kan daar thans via het hoger beroep niet meer op terugkomen.

Immers, door deze afstand was er dienaangaande geen te vonnissen geschil meer en door het hoger beroep wordt in toepassing van art. 1068, al. 1 Ger.W. enkel het voor de eerste rechter aanhangige geschil zelf bij de rechter in hoger beroep gebracht.

De thans gevorderde staking van het strijdige gebruik is dan ook een nieuwe eis en daarom niet ontvankelijk (art. 807 – 1042 Ger.W.).

6. De geïntimeerden werpen de *verjaring* op van de herstellvordering, in toepassing van art. 2262bis B.W..

Het bouw misdrijf kan ten vroegste gepleegd zijn op 4 augustus 1992 nu pas dan een bouwvergunning werd afgeleverd, in strijd waarmee later een woning opgetrokken werd.

Op 10 september 1996 werd het bouw misdrijf vastgesteld bij proces-verbaal, opgesteld door de politie te (nl. een grotere uitvoering van de woning en berging dan vergund).

Op 26 februari 2002 werd een herstellvordering ingeleid bij de procureur des Konings te (geseponeerd).

Op 5 augustus 2002 werd er voor de eerste rechter gedagvaard op basis van art. 149 § 1 juncto art. 151 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

De in strijd met de verleende vergunning van 4 augustus 1992 uitgevoerde bouwwerken werden tot heden niet afgebroken en er werd evenmin een regularisatievergunning verleend.

Het in stand gehouden bouw misdrijf betreft de verbouwing van een residentiële woning met bergingen in een agrarisch gebied (gwestplan vastgesteld bij besluit van 17 december 1979), niet gelegen zijnde in een bij besluit goedgekeurd bijzonder plan van aanleg noch binnen het gebied van een behoorlijk vergunde verkaveling en niet gesitueerd zijnde in een ruimtelijk kwetsbaar gebied zoals bedoeld in art. 146, 3<sup>de</sup> lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

Volgens art. 146, 3<sup>de</sup> lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (invoeging bij art. 7 Decr. VI. Parl. 4 juni 2003 met ingang van 22 augustus 2003, zelf gedeeltelijk vernietigd bij arrest Arbitragehof nr. 19 januari 2005) geldt de strafsanctie voor het instandhouden van inbreuken, bedoeld in het 1<sup>ste</sup> lid van dat art. 146 onder 1°, 2°, 3°, 6° en 7° *niet* voor zover de werken, wijzigingen of het strijdige gebruik *niet* gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden.

De eerste vraag is dan ook of er nog wel een herstelmaatregel kan worden bevolen wanneer een veroordeling wegens het voormelde instandhouden niet meer mogelijk is op grond van artikel 146, 3<sup>de</sup> lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

Volgens deze bepaling geldt immers geen strafsanctie, behoudens in (oorspronkelijk) 3 gevallen die, na het arrest van het Arbitragehof van 19 januari 2005, zijn herleid tot het enkele geval van instandhouding in ruimtelijk kwetsbaar gebied.

De partijen voeren in dit verband een uitvoerige discussie over de specifieke vraag of deze bepaling het strafbare karakter van de instandhouding, voor zover aan de negatief geformuleerde voorwaarde is voldaan, *opheft*, dan wel of deze bepaling een *strafuitsluitingsgrond* bevat.

Het verschil tussen de beide oplossingen is hier inderdaad van bepalend belang:

Immers, een strafuitsluitingsgrond doet enkel de strafvordering vervallen doch doet geen afbreuk aan de kwalificatie van de feiten als misdrijf.

Aldus zou de regelmatig ingestelde herstellvordering, gegrond op het (steeds voortdurende) instandhoudingsmisdrijf, niet kunnen vervallen zijn.

Precies over o.m. deze vraagstelling (weliswaar ruimer gesitueerd) werd reeds op omstandige wijze onderzoek verricht en advies verstrekt door procureur-generaal bij het Hof van Cassatie (Cass., 13 december 2005, AR

Gelet op de hier door de partijen gevoerde gelijklopende discussie kan het hof zich bij wijze van antwoord aansluiten bij deze bevindingen en die hier in de navolgende zin overnemen.

De discussie is het gevolg van de tekst van art. 146 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

Het instandhoudingsmisdrijf wordt er eerst, zoals voordien, zonder restrictie omschreven in het 1<sup>ste</sup> lid.

Pas daarna in het 3<sup>de</sup> lid wordt er bepaald dat "*de strafsanctie*" in bepaalde gevallen "*niet geldt*".

Uit de parlementaire voorbereiding dienaangaande valt niet af te leiden dat de decreetgever met zekerheid ervan is uitgegaan dat de opheffing van de strafbaarstelling van "*instandhouding*" meteen het opleggen van herstelmaatregelen zou doen vervallen.

In het eerste voorstel van decreet, neergelegd op 10 februari 2003 (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/1) werd bepaald:

- schrapping van de strafbaarstelling van de instandhouding, tenzij het misdrijf gelegen is in ruimtelijk kwetsbaar gebied of voorkomt op een limitatieve en nominatieve lijst van stedenbouwmisdrijven (art. 4);
- verplichting van meerwaarde als herstelmaatregel voor misdrijven "*gepleegd vóór 1 januari 1995*", tenzij het misdrijf voorkomt op de limitatieve en nominatieve lijst van stedenbouwmisdrijven (art. 5);
- een vermoeden van vergunning voor alle gebouwen opgericht vóór 31 december 1994 (art. 7).

Wanneer het ging over een bouwmisdrijf, *niet* gelegen in ruimtelijk kwetsbaar gebied en *niet* voorkomend op de lijst, was de instandhouding niet strafbaar.

Toch ging de decreetgever uit van de mogelijkheid dat de meerwaarde werd opgelegd voor "*misdrijven gepleegd vóór 1 januari 1995*", dit zijn gebouwen opgericht vóór 1 januari 1995.

De toelichting bevestigt dit: Voor de op de lijst voorkomende misdrijven blijft instandhouding strafbaar, zodat de misdrijven niet verjaren en herstel door middel van de meerwaarde uitgesloten is. "*Alle andere overtredingen worden maximaal geregeld door middel van het vorderen van een meerwaarde via een gerechtelijke procedure*" (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/1, p. 5). Na betaling van de meerwaarde gold dan het vermoeden van vergunning (aldus de toelichting).

Voor bouwovertradingen na 1995 ging de decreetgever ervan uit dat de meerwaarde niet op zijn plaats was, tenzij in niet-kwetsbare gebieden en voor kleine overtradingen.

Dat zijn dus stedenbouwmisdrijven waarvoor de instandhouding niet langer strafbaar is.

Maar als de herstellvordering zou vervallen bij verval van de strafvordering m.b.t. het instandhoudingsmisdrijf, zou geen herstelmaatregel meer mogelijk zijn voor alle gebouwen waarvoor de werken beëindigd waren begin 1998.

In het geamendeerde voorstel (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/2, p. 6-7) werd de lijst geschrapt en werd een andere scharnierdatum vooropgesteld, zijnde 1 mei 2000 (datum van de inwerkingtreding van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening).

De Raad van State maakte in zijn advies over deze kwestie geen bijzondere opmerking.

Integendeel, bij de bespreking van de vraag wat moet worden verstaan onder een voor 1 januari 1995 gepleegd misdrijf, wees de Raad erop dat het gaat om voortdurende misdrijven, daarbij de vraag over het hoofd ziende of nog van voortdurend misdrijf kan worden gesproken indien de instandhouding niet langer strafbaar is (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/4, p. 7, voetnoot 4).

Na het advies van de Raad van State is er voor het eerst sprake van overgangsmaatregelen:

Het amendement nr. 9 (dat dan de tekst van het decreet geworden is) bevat die "overgangsmaatregelen", die het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid betreffen.

De toelichting bij het voorgestelde artikel 11 vat aan met de mededeling "Een aantal overgangsbepalingen waren over het hoofd gezien" (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr 1566/5, p. 6).

De overgangsmaatregel m.b.t. hangende zaken werd als volgt toegelicht. "Voor de reeds lopende vorderingen, waarvoor nog geen vonnis of arrest is geveld, kan de rechter souverain oordelen om al dan niet het advies in te winnen van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid."

Over de vraag wat er moet gebeuren met regelmatig ingestelde herstellvorderingen, wordt echter niets expliciets gezegd, ook niet tijdens de bespreking in de Commissie (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/7, zie vooral p. 20-21) dat handelt over de "behandeling van de bouwmisdrijven tussen 1 januari 1995 en 1 mei 2000").

Indirect blijkt wel uit de "overgangsmaatregel" dat de "waarborg" voor zgn. "oude" bouwmisdrijven (vóór 1 mei 2000) precies gelegen was in de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

De minister verklaarde o.a.:

- *"Voor de bouwmisdrijven die dateren van vóór 1 mei 2000 is een belangrijke rol weggelegd voor de Hoge Raad voor het Herstelbeleid" (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/7, p. 22);*
- *"bouwmisdrijven uit het verleden (moeten) op een objectieve en aangepaste wijze (...) worden behandeld, waarbij ook rekening wordt gehouden met de tijdsgeest binnen dewelke die bouwwinbreuk werd gepleegd. (...). Retroactieve zaken zullen worden beoordeeld door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid. Voor bouwmisdrijven vanaf 1 mei 2000 geldt in principe de nultolerantie" (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1556/7, p. 23);*
- *"Het moet volgens de minister de ambitie van de decreetgever zijn om een streep te trekken onder het verleden (...). De Hoge Raad zal zich uitspreken over dossiers uit het verleden en moet daarbij instaan voor de nodige interpretatie en motivering en het opbouwen van een jurisprudentie terzake" (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/7, p. 32).*

De indiener van het voorstel (Vlaams volksvertegenwoordiger verklaarde ook, na te hebben uiteengezet dat een vermoeden van vergunning geldt voor constructies die werden gebouwd vóór de definitieve vaststelling van de gewestplannen: *"Er kunnen wel strafbare feiten zijn bij constructies die gebouwd zijn na de definitieve totstandkoming van de gewestplannen van het gebied waarin ze zijn gelegen. Voor de periode tussen 1977-1979 (definitieve vaststelling van de gewestplannen) tot 1 mei 2000 heeft het decreet een duidelijk doel voor ogen. Vanaf 1 mei 2000 geldt de zogenaamde nultolerantie" (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/7, p. 24).*

Waar evenwel dit "*duidelijke doel*" niet nader werd geduid en er dan ook de vraag zou kunnen rijzen of dit al dan niet alleen de meerwaarde en de Hoge Raad voor het Herstelbeleid zou kunnen zijn, moet er toch uit deze besprekingen en voorbereidende handelingen worden vastgesteld dat er nooit uitdrukkelijk als doel werd vooropgesteld dat ook de herstellvorderingen zouden zijn vervallen.

Tijdens die besprekingen werd trouwens doorgedacht over een verbouwing van een woning in gewoon agrarisch gebied in 1973 waarbij, in strijd met de vergunning, 3 woongelegenheden i.p.v. één werden ingericht maar zonder wijziging van het bouwvolume.

Geen ruimtelijk kwetsbaar gebied, geen onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder en geen ernstige inbreuk op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften, dus geen strafbaarheid van de instandhouding.

Niettemin in dergelijke gevallen kan er een oplossing komen via de meerwaarderegeling ... (Parl. St. VI. Parl., 2002-03, nr. 1566/7, p. 34).

In de gegeven omstandigheden dient er op grond van art. 198 bis van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, waarbij de rechter de ingediende vorderingen voor inbreuken die dateren van voor 1 mei 2000 alsnog kan voorleggen voor eensluidend advies aan de Hoge Raad voor het herstelbeleid, te worden afgeleid dat de decreetgever *niet* heeft gewild dat regelmatig ingestelde herstellvorderingen, gegrond op een instandhoudingsmisdrijf, wegens het verval van de strafvordering eveneens zouden vervallen.

De in artikel 149, § 1, 1<sup>ste</sup> lid, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening bedoelde herstelmaatregelen hebben een civielrechtelijk karakter.

Zij strekken als bijzondere vorm van vergoeding of teruggave ertoe een einde te maken aan de met de wet strijdige toestand die uit het misdrijf is ontstaan en waardoor het algemeen belang wordt geschaad.

De opheffing van het strafbare karakter van het misdrijf van instandhouding ingevolge de wijziging van art. 146 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (invoeging van het 3<sup>de</sup> lid bij art. 7 Decr. VI. Parl. 4 juni 2003), heeft alleen het verval van de op dat misdrijf gesteunde strafvordering tot gevolg.

Bij ontstentenis van een anders luidende bepaling, brengt deze wijziging evenwel *niet* mee dat de instandhouding (die strafbaar was in de periode waarin zij plaatsvond) *niet* langer de grondslag zou kunnen uitmaken van een herstellvordering.

In de gegeven omstandigheden, gelet op de voormelde data en in het bijzonder de voortdurende instandhouding van de inbreuk, kan er geen sprake zijn van de verjaring van de daarop gesteunde herstellvordering.



7. De ingediende herstellvordering heeft betrekking op inbreuken die dateren van voor 1 mei 2000.

Alvorens nader te oordelen komt het noodzakelijk voor het eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in te winnen aangaande de te bevelen herstelmaatregelen in de zin van art. 198*bis*, 2<sup>de</sup> lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, zoals hierna nader bepaald.

De Vlaamse Regering heeft overeenkomstig art. 9*bis* § 8 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening de nadere regels vastgesteld met betrekking tot de werking en de organisatie van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid (*Besluit van de Vlaamse Regering van 23 april 2004, B.S. 24 mei 2004*).

Op 22 juli 2005 werden de voorzitter, de leden en de vaste secretaris van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid benoemd (*Besluit van de Vlaamse Regering van 22 juli 2005, B.S. 12 augustus 2005*).

Zoals voorzien door de art. 198*bis*, 1<sup>ste</sup> lid en 9*bis* § 5 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening werd door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid het huishoudelijk reglement opgesteld en goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 16 december 2005 (B.S. 13 januari 2006, p. 2414-2418).

De bepalingen met betrekking tot het eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, zoals bedoeld in de art. 149 § 1 en 153 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening zijn aldus in werking getreden.

**OM DEZE REDENEN,  
HET HOF,**

verder recht doende op tegenspraak,

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

Verklaart het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk.

Alvorens nader te oordelen:

Beslist dat de ingediende vordering wordt voorgelegd voor eensluidend advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, zoals bedoeld in art. 198*bis*, 2<sup>de</sup> lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening;

Beveelt dat daartoe, zoals voorzien in de art. 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 door middel van aangetekend schrijven zullen worden overgemaakt, zijnde minstens:

(1) een eensluidend verklaard afschrift van het tussenarrest d.d. 23 december 2005 samen met het onderhavige arrest waarbij met toepassing van art. 198*bis*, 2<sup>de</sup> 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 d.d. 5 augustus 2002 houdende de herstellvordering 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*

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

Verwijst de zaak naar de bijzondere rol van deze kamer.

Houdt de beslissing over de kosten aan.

Aldus gewezen en uitgesproken in openbare terechtzitting van het Hof van beroep te Gent, **negende kamer**, recht doende in burgerlijke zaken, op **twalf januari tweeduizend en zeven**.

Aanwezig:

Raadsheer, wn. voorzitter,  
Raadsheer,  
Raadsheer,  
Griffier,