

A.11.c

Hof van beroep
te Gent

9^e kamer

terechtzing
van
17-05-2013

na tussenarresten
d.d. 23.12.2005
d.d. 12.01.2007
d.d. 11.09.2009

2004/AR/2083

in de zaak van:

**DE GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR
BIJ HET MINISTERIE VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP VAN
DE AFDELING RUIMTELIJKE ORDENING VOOR DE
PROVINCIE**

met kantoren
woonplaats kiezend op het kantoor van zijn raadsman;

appellant,

hebbende als raadsman mt.

advocaat te

tegen:

A.11.c

1. installateur verwarming.
wonende te
geïntimeerde,
hebbende als raadsman mr. advocaat te

2. verpleegster,
wonende te
geïntimeerde,
niet verschenen noch iemand voor haar,

velt het Hof het volgend arrest:

1.

Het hof heeft, nadat de debatten werden hernomen voor de anders samengestelde zetel van deze kamer van het hof, 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.

Het hoger beroep is nog steeds gericht tegen het bestreden tussenvonnis d.d. 27 mei 2004, gewezen door de 3^{de} kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk (aldaar gekend onder A.R. nr. 02/1551/A).

De tweede geïntimeerde is niet verschenen ter terechtzitting noch iemand voor haar en de appellante heeft opzichthens deze partij het voordeel gevraagd van artikel 747§2, lid 6 Ger.W.

Gezien de voorwaarden hiertoe vervuld zijn wordt onderhavig arrest derhalve ook op tegenspraak t.a.v. de tweede geïntimeerde uitgesproken.

2.

Middels het tussenarrest d.d. 23 december 2005 van deze kamer van het hof (anders samengesteld) werden de debatten heropend teneinde de appellant toe te laten:

- het bewijs van de overschrijving van de herstellvordering overeenkomstig artikel 160 D.O.R.O. (thans artikel 6.2.1. V.C.R.O) voor te leggen;
- te verduidelijken of en in welke mate het 1^{ste} punt van de initiële dagvaarding werd gehandhaafd, nl. *"dat de (geïntimeerden) solidair, in solidum, minstens de ene bij ontstentenis van de andere, worden veroordeeld tot het staken van het strijdige gebruik om zonder in het bezit te zijn van een de voorafgaande en uitdrukkelijke vergunning van het college van burgemeester en schepenen, een woning met autoberging en tuinberging, gelegen te met de kadastrale gegevens te hebben neropgebouwd."*

Middels het tussenarrest d.d. 12 januari 2007 van deze kamer van het hof (anders samengesteld) werd in het overwegend deel o.m. geoordeeld dat:

- de door de appellant in deze instantie gevorderde staking van het strijdige gebruik van het perceel met woning, autoberging en tuinberging, gelegen te met kadastrale gegevens eigendom van de geïntimeerden een nieuwe eis uitmaakt en derhalve niet ontvankelijk is. (nu de appellant van dit onderdeel van de vordering afstand had gedaan voor de eerste rechter voorhoudende dat het een materiële vergissing betrof en deze afstand werd geacteerd door de eerste rechter, zodat de appellant hierop via het hoger beroep niet meer kon terugkomen);
- de herstellvordering van de appellant op basis van art. 149 §1 juncto art. 151 D.O.R.O. (thans artikel 6.1.41 §1 juncto artikel 6.1.43 V.C.R.O.), gesteund op de voortdurende instandhouding van de inbreuk (van het bouw misdrijf), niet verjaard was.

Middels het dictum van voormeld tussenarrest d.d. 12 januari 2007 werd het hoger beroep en het incidenteel hoger beroep ontvankelijk verklaard en werd alvorens nader te oordelen beslist

dat de ingediende vordering diende te worden voorgelegd voor eensluidend advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid (thans de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid), zoals bedoeld in het oude artikel 198bis, lid 2 D.O.R.O..

Het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid d.d. 9 juli 2007 werd neergelegd ter griffie van het hof alhier op 16 augustus 2007.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid adviseerde als volgt:

"De Hoge Raad voor het Herstelbeleid verleent om de hierboven vermelde redenen een eensluidend advies en gaat akkoord met de aard van de door de stedenbouwkundig inspecteur gevorderde herstelmaatregel in de mate dat deze betrekking heeft op de berging.

In de mate dat de herstellvordering betrekking heeft op de woning wordt een niet-eensluidend advies uitgebracht."

en dit op grond van volgende motivering:

"(...)

De Raad stelt vast de stedenbouwkundige inspecteur in de herstellvordering en in de aanvullende nota de gevorderde herstelmaatregel voornamelijk motiveert vanuit de strijdigheid van de opgerichte constructies met het bestemmingsvoorschrift van het gewestplan en het feit dat de volumennormen van de uitzonderingsbepalingen van het DRO zijn overschreden. Tevens wordt de herstellvordering gemotiveerd vanuit de idee dat de overblijvende constructie voor een regularisatievergunning in aanmerking dient te komen. Daar waar de inspecteur betoogt dat de berging (daarenboven) geen loutere garage meer (is) maar verworpen tot een heuse ambachtelijke werkplaats', is de raad van oordeel dat de dynamiek die deze bedrijvigheid creëert op deze locatie ruimtelijk niet kan worden verantwoord. Dit argument overtuigt en vindt steun in de stukken van het dossier. Wat de gevorderde herstelmaatregel voor de woning, nl. 'Het slopen van de uitbouw achteraan de woning die een oppervlakte heeft van ongeveer 48 m² betreft, laat de stedenbouwkundig inspecteur evenwel na vanuit een vergelijking van de ruimtelijke impact van de oorspronkelijk vergunde constructie en de huidige constructie te motiveren waarom de voorgestelde herstelmaatregel noodzakelijk is. De motivering van dit onderdeel van de herstellvordering werd louter opgebouwd vanuit een technisch/administratief - juridisch oogpunt. De bij het dossier gevoegde plandocumenten en fotoreeks overtuigen de raad evenmin van de noodzaak over te gaan tot de gevorderde herstelmaatregel."

Middels het tussenaarrest d.d. 11 september 2009 van deze kamer van het hof (anders samengesteld) werd vastgesteld dat:

- inmiddels het decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijk plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid gepubliceerd was in het Belgisch Staatblad van 15 mei 2009;

middels dit decreet, dat in werking trad op 1 september 2009, o.m. het D.O.R.O. en de verschillende wijzigingsdecreten werden gecoördineerd in de V.C.R.O.;
in artikel 6.1.1., lid 3 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening wordt bepaald:

"De strafsanctie voor het Instandhouden van Inbreuken, vermeld in het eerste lid, 1°, 2°, 3°, 6° en 7° geldt niet voorzover de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik niet gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden. Voor strafbare Instandhouding is uitsluitend vereist dat de wederrechtelijke handelingen op het ogenblik van de Instandhouding gelegen zijn in ruimtelijk kwetsbaar gebied."

terwijl het lid 4 van dit artikel voorziet:

"Een herstellvordering die door de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen is ingesteld op grond van de Instandhouding van handelingen, kan vanaf 1 september 2009 niet langer worden Ingewilligd Indien deze Instandhouding op het ogenblik van de uitspraak niet meer strafbaar is gesteld."

en werden (andermaal) de debatten heropend teneinde de partijen toe te laten hieromtrent standpunt in te nemen.

3.

3.a. Middels zijn syntheseconclusie, neergelegd ter griffie van het hof alhier op 31 mei 2012, vordert de appellant dat het hof zijn hoger beroep ontvankelijk en gegrond verklaart, dienvolgens het bestreden vonnis teniet doet en opnieuw statuerend, zijn initiële vordering ex artikel 6.1.43 juncto artikel 6.1.41 V.C.R.O., zoals gesteld in de inleidende dagvaarding en toentertijd onder gelding van het D.O.R.O. en op heden aangehouden, ontvankelijk en gegrond te verklaart, en met name:

- de geïntimeerden solidair, in solidum, minstens de ene bij ontstentenis van de andere, veroordeelt 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

meer bepaald tot:

- het slopen van de berging inclusief de aangebrachte funderingen en de aangebrachte leidingen;
- het herstel van het maaiveld met teelaarde;
- het verwijderen van het gesloopte materiaal van het terrein naar een daarvoor geschikt terrein;
- het slopen van de uitbouw achteraan de woning die een oppervlakte heeft van ongeveer 48 m²;

en dit binnen een termijn van twee maanden, te rekenen

A.11.c

vanaf de betekening van het tussen te komen arrest, zulks onder verbeurte van een dwangsom van 125,00 euro per dag vertraging;

- hem machtiging verleent om overeenkomstig artikel 6.1.46 V.C.R.O. ambtshalve over te gaan tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand zoals hierboven bepaald, indien de geïntimeerden in gebreke blijven, en dit op kosten van de geïntimeerden;
- zegt voor recht dat het verbeurd zijn van de dwangsommen zal kunnen worden bewezen door alle middelen van recht en dat zij in ieder geval zal blijken uit de vaststellingen van de eerst daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder;
- de geïntimeerden (solidair, in solidum, de ene bij gebreke van de andere) verwijst in de kosten van het geding (nader begroot aan zijn zijde op de kosten van de beide instanties).

3.b. Door de geïntimeerden werden na het tussenarrest d.d. 11 september 2009 syntheseconclusies neergelegd ter griffie van het hof alhier op 16 december 2009.

Waar de appellant in zijn voorgaande conclusies na het tussenarrest d.d. 11 september 2009 (neergelegd ter griffie van het hof alhier op 22 oktober 2009) had verzocht aan het hof om prejudiciële vragen te stellen aan het hof, verzochten de geïntimeerden betrekkelijk deze prejudiciële vragen dat het hof:

- in hoofddeorde zou oordelen dat er geen prejudiciële vragen moeten gesteld worden gezien artikel 6.1.1, lid 3 en 4 V.C.R.O. klaarblijkelijk artikel 16 en 23 van de Grondwet niet schendt; ondergeschikt, meer bepaald indien per impossibile zou geoordeeld worden dat niet blijkt dat het stellen van de prejudiciële vragen niet zonder meer en klaarblijkelijk negatief te beantwoorden is, de genoemde prejudiciële vragen zou stellen aan het Grondwettelijk Hof.

Het hof geeft aan dat de bedoelde prejudiciële vragen in een ander geding aan het Grondwettelijk Hof werden gesteld en het Grondwettelijk Hof hieromtrent besliste bij arrest nr. d.d. 29 juli 2010 (cf. *infra*) zodat de appellant het hieromtrent door hem gevorderde niet meer heeft hernomen in zijn syntheseconclusies.

Ten gronde verzoeken de geïntimeerden middels hun syntheseconclusies (neergelegd ter griffie van het hof alhier op 16 december 2009) dat het hof:

A.11.c

- het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond verklaart;
 - hun incidenteel hoger beroep ontvankelijk en gegrond verklaart, dienvolgens het bestreden vonnis teniet doet en opnieuw statuërend:
 - in hoofdorde vaststelt dat de herstellvordering is verjaard;
 - ondergeschikt de herstellvordering ontoelaatbaar verklaart of minstens herkwalificeert wegens het overschrijden van de redelijke termijn;
 - nog meer ondergeschikt de herstellvordering zonder gevolg laat wegens kennelijke onredelijkheid;
 - louter ondergeschikt, in zover het hof de gevorderde herstelmaatregel zou opleggen, een redelijke termijn, te weten 3 jaar, bepaalt voor het uitvoeren van de herstelmaatregel;
 - nog meer ondergeschikt, nopens de dwangsom vaststelt dat geen dwangsom moet opgelegd worden, minstens de dwangsom herleidt zoals nader uiteengezet, minstens gelast dat de dwangsom in toepassing van artikel 1385 bis, laatste alinea Ger.W., slechts kan worden verbeurd na een redelijke termijn na het in kracht van gewijsde gaan van het arrest;
- de appellatant verwijst in de kosten van het geding (nader begroot aan hun zijde op de kosten van de beide instanties).

4.

Middels het tussenarrest d.d. 12 januari 2007 werd het hoger beroep en het incidenteel hoger beroep reeds ontvankelijk verklaard, zodat de partijen onterecht aan het hof verzoeken hieromtrent nog te statuëren.

5.

5.a. Voorafgaandelijk aan de beoordeling van de door de appellatant thans nog in zijn syntheseconclusie d.d. 15 maart 2012 gehandhaafde middelen om zijn herstellvordering te gronden, dient gesteld te worden dat in het tussenarrest d.d. 12 januari 2007 o.m. werd geoordeeld dat de door de appellatant in deze instantie gevorderde staking van het strijdige gebruik van het perceel met woning, autoberging en tuinberging, gelegen te
met kadastrale gegevens
eigendom van de
geïntimeerden een nieuwe eis uitmaakt en derhalve niet
ontvankelijk is.

A.11.c

In zoverre de appellant thans de gevorderde staking van het strijdig gebruik handhaaft, strijd dit met hetgeen hieromtrent reeds definitief werd geoordeeld bij voormeld tussenarrest.

5.b. In aanvulling van hetgeen reeds in het tussenarrest d.d. 12 januari 2007 werd gesteld, laat het hof betreffende de door de appellant ingestelde herstellvordering gelden dat:

- de herstelmaatregel inzake ruimtelijke ordening, ongeacht de gekozen vorm van herstel en ongeacht of de vordering uitgaat van de derde-benadeelde of de handhavende overheid (dit laatste in onderhavig geding het geval zijnde) een bijzondere modaliteit is van de in de artikelen 44 Sw. en 161 (en 189) Sv. bedoelde teruggave en schadevergoeding, ertoe strekkende 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 teruggave behoort tot het zijnswezen van de herstelmaatregelen in de zin van artikel 6.1.41 V.C.R.O. (voorheen artikel 149 D.O.R.O.);
- de teruggave in de zin van het herstel van de toestand die bestond vóór het misdrijf, de meest natuurlijke vorm van herstel van de gevolgen van een misdrijf is.

Hieraan weze toegevoegd dat waar

- de herstellvordering in de zin van artikel 6.1.43 V.C.R.O. (voorheen 151 D.O.R.O.) voor de burgerlijke rechter in principe onderworpen is aan dezelfde wetmatigheden als wanneer deze voor de correctionele rechtbank wordt gebracht;
- aldus de herstelmaatregelen vanwege de overheid kunnen worden gevorderd voor werken, handelingen of wijzigingen bedoeld in artikel 6.1.1, lid 1 V.C.R.O. (voorheen artikel 146, lid 1 D.O.R.O.) ten aanzien van de deelnemers aan een dergelijk bouwmisdrijf;

de burgerlijke rechter het bestaan van een strafbaar feit moet vaststellen 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 immers 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

A.11.c

V.C.R.O. (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 de burgerlijke rechter 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.), zodat evenwel ook het verjaringsregime ex artikel 26 V.T.Sv. op deze herstellvordering van toepassing is (hetgeen ook het geval is onder toepassing van de V.C.R.O. - cf. infra).

Overeenkomstig artikel 26 V.T.Sv. verjaart de burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf volgens de regels van het B.W. of van de bijzondere wetten die van toepassing zijn op de rechtsvordering tot vergoeding van de schade. Zij kan echter niet verjaren vóór de strafvordering.

De herstelmaatregelen van 6.1.41, §1 V.C.R.O. (voorheen artikel 149, §1 D.O.R.O.) hebben een civielrechtelijk karakter en 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 geschaad wordt (vgl. Cass. 2 mei 2006, P.060100.N, www.cass.be; Cass. 21 maart 2001, www.cass.be).

Burgerrechtelijk dient deze herstellvordering vanwege de bevoegde overheid dan ook beschouwd te worden als een rechtsvordering tot vergoeding van buitencontractuele schade, in de zin van artikel 2262 bis, §1, lid 2 en lid 3 B.W. (vgl. Cass. 13 mei 2003, T.M.R. 2003, 617, noot VANSANT, P., R.W. 2003-04, 1210, noot DEBERSAQUES, G.) 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 (m.a.w. van de herstellvorderende overheid) evenwel in de Codex werd ingeschreven (zie artikel 6.1.41, §5 VCRO en artikel 7.7.4 VCRO);
- deze nieuwe verjaringsregeling vertrekt van de datum waarop strafbare handelingen sinds haar in voege treden werden gepleegd (zie in dit verband o.m. DE CUYPER, W., HUYGENS, T., RENTMEESTERS, E. en WALGRAEVE, S., "De ruimtelijke ordening opnieuw geordend", T.M.R., 2010, 562-564; VAN GIEL, I., "Stedenbouwmisdrijven: een praktisch overzicht van de -

A.11.c

grondwettige - verjaringsregels met betrekking tot de strafvordering en de herstellvordering van de herstellvorderende overheid.", T.B.O., 2011, 76).

Het hof voegt hier evenwel aan toe dat de nieuwe verjaringsregels zoals voorzien in de V.C.R.O. In onderhavig geval enkel gebeurlijk enige rol kunnen spelen voor zover de herstellvordering van de geïntimeerde op het ogenblik van het Inleiden ervan niet was verjaard onder de oude regelgeving.

5.c. Bij het tussenarrest d.d. 11 september 2009 werd gewezen op de inwerkingtreding van de V.C.R.O. en aanvullend omtrent deze inwerkingtreding wijst het hof op het bepaalde in artikel 7.1.1 V.C.R.O., luidende als volgt:

"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."

Het hof heeft middels het tussenarrest d.d. 12 januari 2007 (onder nadere motivering) geoordeeld dat de herstellvordering, gesteund op de voortdurende Instandhouding van de inbreuk (van het bouwmaatschappij) m.a.w. op het "instandhoudingsmisdrijf" niet verjaard was.

Zoals reeds aangegeven in het tussenarrest d.d. 11 september 2009 wordt in artikel 6.1.1., lid 3 V.C.R.O. thans evenwel bepaald:

"De strafsanctie voor het Instandhouden van inbreuken, vermeld in het eerste lid, 1°, 2°, 3°, 6° en 7° geldt niet voorzover de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik niet gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden. Voor strafbare Instandhouding is uitsluitend vereist dat de wederrechtelijke handelingen op het ogenblik van de Instandhouding gelegen zijn in ruimtelijk kwetsbaar gebied."

terwijl het lid 4 van dit artikel voorziet:

"Een herstellvordering die door de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen is ingesteld op grond van de Instandhouding van handelingen, kan vanaf 1 september 2009 niet langer worden ingewilligd indien deze Instandhouding op het ogenblik van de uitspraak niet meer strafbaar is gesteld."

Tevens voorziet 6.1.2 V.C.R.O.:

"Artikel 6.1.1, derde lid, toegevoegd bij decreet van 4 juni 2003 en gedeeltelijk vernietigd bij arrest nr. 14/2005 van 19 januari 2005 van het Grondwettelijk Hof, wordt geïnterpreteerd als volgt:

Deze bepaling heft de strafbaarstelling van voormelde instandhoudingsmisdrijven op."

In artikel 1.1.2.,10° V.C.R.O. worden de ruimtelijk kwetsbare gebieden als volgt omschreven:

"a) de volgende gebieden, aangewezen op plannen van aanleg:

- 1) agrarische gebieden met ecologisch belang;*
- 2) agrarische gebieden met ecologische waarde;*
- 3) bosgebieden;*
- 4) brongebieden;*
- 5) groengebieden;*
- 6) natuurgebieden;*
- 7) natuurgebieden met wetenschappelijke waarde;*
- 8) natuurontwikkelingsgebieden;*
- 9) natuurreservaten;*
- 10) overstromingsgebieden;*
- 11) parkgebieden;*
- 12) valleigebieden;*

b) gebieden, aangewezen op ruimtelijke uitvoeringsplannen, en sorterend onder één van volgende categorieën of subcategorieën van gebiedsaanduiding;

- 1) bos;*
- 2) parkgebied;*
- 3) reservaat en natuur;*

c) het Vlaams Ecologisch Netwerk, bestaande uit de gebiedscategorieën Grote Eenheden Natuur en Grote Eenheden Natuur in Ontwikkeling, vermeld in het decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu;

d) de beschermde duingebieden en de voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden, aangeduid krachtens artikel 52, §1 van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud."

Het samen lezen de boven aangehaalde bepalingen van de V.C.R.O. doet besluiten dat feiten van Instandhouding m.b.t. handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik die niet gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden (hetgeen ten dezen het geval is nu de bedoelde woning waarop de herstellvordering van de appelliant betrekking heeft gelegen is in landschappelijk waardevol agrarisch gebied) geen strafbaar karakter (meer) vertonen en dat het opleggen van een herstelmaatregel op grond van feiten van instandhouding niet (meer) mogelijk is in de mate dat deze feiten op het ogenblik van de uitspraak niet meer strafbaar zijn.

Aldus kan, in acht genomen het bovenstaande, in casu de

herstelvordering van de appellant, voor zover gegrond op het "instandhoudingsmisdrijf" in casu (niet) meer worden ingewilligd.

Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat het Grondwettelijk Hof bij arrest nr. 94/2010 d.d. 29 juli 2010 heeft beslist dat:

- artikel 6.1.1, lid 4 V.C.R.O. artikel 16 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, niet schendt;
- artikel 6.1.1, lid 3 en lid 4 V.C.R.O. artikel 23, derde lid, 4°, van de Grondwet, niet schenden;
- artikel 6.1.1, lid 3 en lid 4 V.C.R.O. de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet schendt.

5.d. Het onder punt 5.c. beoordeelde belet evenwel niet dat de appellant zijn herstellvordering (nog steeds) kan gronden op het "oprichtingsmisdrijf".

De eerste rechter (alsmede het hof) is gevat door de feiten zoals deze in inleidende dagvaarding werden aangebracht en uit deze dagvaarding blijkt dat de feiten waarop de herstellvordering werd/wordt gegrond de wederrechtelijke oprichting en het instandhouden van de berging en van de woning in strijd met de verleende stedenbouwkundige vergunning.

De eerste rechter heeft geoordeeld dat de vordering van de appellant niet was verjaard en dit onder navolgende motivering:

"Bij het instellen van de vordering tot herstel voor de burgerlijke rechter dient nagegaan te worden of de herstellvordering een persoonlijk of een zakelijk karakter heeft en of het al dan niet gaat om een persoonlijke rechtsvordering tot vergoeding van buitencontractuele aansprakelijkheid. De toepasselijke regeling inzake de burgerlijke verjaring dient toegepast te worden: artikel 2262 B.W. of 30 jaar voor zakelijke vorderingen – artikel 2262 bis, §1, 1° lid B.W. voor persoonlijke vorderingen (XXIX Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2002-2003: De herstellvordering in de ruimtelijke ordening-Prof. G. Debersaques - Overzicht verjaring stedenbouwmisdrijven en herstelmaatregelen, G. Debersaques, T.R.O.S. 2003/30, p. 72 e.v.)."

In casu dient deze analyse zelfs niet gemaakt te worden gelet op het feit dat het bouwmisdrijf ten vroegste kan gepleegd zijn op 21.08.1992 gelet op het feit dat dan pas een bouwvergunning werd afgeleverd in strijd waarmee later een woning opgetrokken werd.

De vordering werd ingeleid bij dagvaarding van 5 augustus 2002 zodat de vordering minstens binnen de 10 jaar werd gesteld en derhalve in geen geval verjaard is."

Het hof heeft in zijn tussenarrest d.d. 12 januari 2007 enkel de verjaring beoordeeld vanuit het oogpunt van het "instandhoudingsmisdrijf" en vastgesteld dat de vordering van de appelland, voor zover gegrond op dit misdrijf, burgerrechtelijk nog niet was verjaard.

Thans dient, gelet op hetgeen onder punt 5.c. werd geoordeeld, nagegaan te worden of de herstellvordering, voor zover gegrond op het "oprichtingsmisdrijf" al dan niet verjaard is.

Volledigheidshalve weze het opgemerkt dat:

- uit niets blijkt dat de appelland afstand zou hebben gedaan van zijn recht om zijn herstellvordering (verder) te gronden op het "uitvoeren" (het "oprichtingsmisdrijf") in de zin van artikel 146, lid 1, 1° D.O.R.O. (thans artikel 6.1.1, lid 1, 1° en lid 3 V.C.R.O.);
- de geïntimeerden niet hebben betwist dat de appelland zijn herstellvordering in deze Instantie (nog blijvend) kan gronden op het "oprichtingsmisdrijf".

Nopens de verjaring herhaalt het hof alhier dat de herstellvordering een rechtsvordering tot vergoeding van buitencontractuele schade, in de zin van artikel 2262 bis, §1, lid 2 en lid 3 B.W. behelst.

Met de eerste rechter dient vastgesteld te worden het bouwmisdrijf ten vroegste kan gepleegd zijn op 21 augustus 1992, gelet op het feit dat dan pas een stedenbouwkundige vergunning werd afgeleverd.

Waar de woning van de geïntimeerden werd vergund voor een volume van 798 m³ werd gebouwd met een woonvolume van 1016 m³, terwijl de garage c.q. berging werd vergund voor een volume van 98 m³ terwijl in werkelijkheid een werkplaats met een volume van 459,41 m³ werd opgericht.

Terzake kunnen de geïntimeerden zich niet beroepen op het artikel 26 V.T.Sv. zoals van toepassing vóór de wetswijziging van 10 juni 1998 dat bepaalde:

"De burgerlijke rechtsvordering volgend uit een misdrijf, verjaart na verloop van vijf jaren te rekenen van de dag waarop het misdrijf is gepleegd; zij kan echter niet verjaren vóór de strafvordering."

A.11.c

om te stellen dat de verjaring reeds was ingetreden op het ogenblik van de inleidende dagvaarding d.d. 5 augustus 2002.

Artikel 26 V.T.Sv. zoals geldend vóór de wetswijziging van 10 juni 1998 kan immers geen toepassing vinden.

In het arrest van 21 maart 1995 verklaarde het Arbitragehof dat artikel 26 V.T.Sv. het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel schond om reden dat een rechtsvordering tot schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad die tegelijkertijd een misdrijf uitmaakte onderworpen was een aan een veel kortere verjaringstermijn dan eenzelfde vordering op grond een louter burgerlijke fout, die overeenkomstig het oude artikel 2262 B.W. verjaarde na verloop van 30 jaar (Arbitragehof nr. 21 maart 1995, B.S. 31 maart 1995).

Als gevolg van dit arrest heeft de wetgever de verjaring van de burgerlijke vordering uit een misdrijf onderworpen aan de termijnen van 5 en 20 jaar, zoals voorzien in artikel 2262 bis §1, lid 2 en lid 3 B.W. (wet van 10 juni 1998 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, B.S. 17 juli 1998, bij gebrek aan specifieke wettelijke bepaling, in werking getreden op 27 juli 1998, zijnde de 10^{de} dag na voormelde publicatie).

In artikel 10 van deze wet van 10 juni 1998 werd voor de rechtsvorderingen ontstaan vóór de wetswijziging bepaald dat de nieuwe verjaringstermijnen (van 5 en 20 jaar) slechts beginnen te lopen vanaf de inwerkingtreding van de wet (zijnde dus vanaf 27 juli 2008) zonder dat de totale duur van de verjaringstermijn meer dan 30 jaar mag bedragen.

Wat een ten tijde van de inwerkingtreding "verkregen" verjaring betreft bepaalt artikel 11 van de wet van 10 juni 1998 dat *"wanneer een rechtsvordering bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing verjaard is verklaard vóór de inwerkingtreding van deze wet, deze inwerkingtreding niet tot gevolg kan hebben dat een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen"*.

M.a.w. de rechtsvorderingen waarover reeds een in kracht van gewijsde gegane beslissing is geweest, kunnen hoe dan ook niet meer "herleven" ingevolge de (nieuwe) verjaringswet van 10 juni 1998.

Evenwel kunnen voorbije situaties, die niet het voorwerp van een in kracht van gewijsde gegane beslissing hebben uitgemaakt,

daarentegen nog wel tot een burgerlijke vordering aanleiding geven. Rechtsvorderingen die op grond van het oude artikel 26 V.T.Sv. verjaard zijn maar nog niet het voorwerp hebben uitgemaakt van een in kracht van gewijsde gegane beslissing kunnen m.a.w. "herleven" en zijn derhalve toch nog ontvankelijk en dit omdat ze nog binnen de 30- jarige termijn van het oude artikel 2262 B.W. vallen. Dit is het gevolg van voormelde ongrondwettigverklaring van het oude artikel 26 V.T.Sv., hetgeen in eerste instantie met zich meebrengt dat de benadeelde (in casu de appellant als herstellvorderende overheid) nog steeds kon genieten van de gemeenrechtelijke verjaringstermijn van 30 jaar van het oude artikel 2262 B.W. en binnen deze "lopende verjaring", in extrapolatie van artikel 10 van de verjaringswet, van de nieuwe verjaringstermijnen (zie in dit verband o.m. DE SMEDT, P., "Toepassing in de tijd van de gewijzigde verjaringstermijnen", in *De herziening van de bevrjddende verjaring door de Wet van 10 juni 1998 - De gelijkheid hersteld?*, reeks Gandaius, Antwerpen, Kluwer, 1999, p. 149-160, nr. 189, JACOBS, A., La loi du 10 juin 1998 modifiant certains dispositions en matiére de prescription, *T.B.B.R.* 1999, p. 32; CLAEYS, I., "Een tweede blik op de nieuwe verjaringswet", in *CBR-jaarboek 1998-99*, Antwerpen, Maklu, 1999, p. 237; MOSELMANS, S., "De werking in de tijd van de nieuwe verjaringswet van 10 juni 1998, inzonderheid wat de rechtsvordering betreft, strekkende tot het bekomen van een schadevergoeding ingevolge een strafrechtelijk beteugetde onrechtmatige daad", *T.B.B.R.* 2001, p. 286-287).

Aldus geldt artikel 10 van de wet van 10 juni 1998 ten volle voor de herstellvorderingen zowel van de handhavende overheid als van de derde-benadeelde m.b.t. bouwmisdrijven die op 27 juli 1998 reeds voltrokken waren. Om de verjaring van dergelijke vordering vast te stellen dient derhalve rekening gehouden te worden met drie termijnen: 1) 30 jaar na het bestaan van de schade, 2) 5 jaar na kennisname van de schade en de identiteit van de door deze schade aansprakelijke personen, of voorzover deze kennis reeds bestond vóór de inwerkingtreding, 5 jaar vanaf 27 juli 1998, en 3) 20 jaar vanaf 27 juli 1998. De termijn van 5 jaar zoals voorzien door oud artikel 26 V.T.Sv. heeft aldus geen enkele relevantie meer (zie in dit verband VANSANT, P., "De verjaring van de herstellvordering: het arrest van 13 mei 2003 nader bekeken", *T.M.R.* 2003, p. 629).

Gelet op hetgeen voorafgaat kan de door de geïntimeerden opgeworpen exceptie van verjaring enkel worden ingewilligd indien zij bewijzen dat de appellant meer dan 5 jaar voor de inleidende dagvaarding d.d. 5 augustus 2002 kennis had van de wederechtelijke oprichting door de geïntimeerden.

Het bewijs van de kennis van schade en de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon in hoofde van de titularis van het vorderingsrecht, zij het de derde benadeelde, zij het (zoals in casu) de handhavende overheid, moet immers geleverd worden door degene die zich op de (korte) verjaring beroept, m.a.w. door de geïntimeerden.

Het komt dus niet toe aan de appellant (als vorderende overheid) om te bewijzen dat hij op er op dat ogenblik nog geen kennis van had, hetgeen zou neerkomen op een uiterst moeilijk (zometer quasi onmogelijk) te leveren bewijs van een negatief feit.

Weliswaar kan de vereiste kennis in hoofde van de appellant door de geïntimeerden als rechtsfeit worden bewezen door alle middelen van recht, doch het hof is van oordeel dat dit bewijs niet wordt geleverd.

De appellant stelt dat hij pas ingevolge het proces-verbaal van vaststelling d.d. 10 september 1996 kennis heeft gekregen van de wederrechtelijke oprichting van de serres en terzake ligt geen enkel ander stuk voor waaruit zou blijken dat er in zijnen hoofde een eerdere c.q. vroegere kennis voorhanden was.

Overigens vertrekken de geïntimeerden ook van de vaststelling d.d. 10 september 1996 als vertrekpunt voor de verjaring.

Gelet op hetgeen voorafgaat en inzonderheid de overgangsregeling van artikel 10 van deze wet van 10 juni 1998 dient gesteld dat, waar de kennisname van de schade en van de identiteit van de door deze schade aansprakelijke personen, reeds bestond vóór de inwerkingtreding van de wet van 10 juni 1998, de verjaringstermijn 5 jaar bedraagt vanaf 27 juli 1998 (datum inwerkingtreding van de wet van 10 juni 1998).

Gezien de herstellvordering werd ingeleid op 5 augustus 2002 (m.a.w. vóór 27 juli 2003) dient besloten te worden dat onder de regelgeving vóór de inwerkingtreding van de V.C.R.O. de herstellvordering van de appelland, gegrond op het oprichtingsmisdrijf, niet was verjaard.

Onder de gelding van de V.C.R.O. (cf. artikel 6.1.41, §5 V.C.R.O.) werd een nieuwe verjaringsregeling uitgewerkt die vertrekt van de datum waarop de strafbare handelingen werden gepleegd en waarbij tevens artikel 26 V.T.Sv toepassing vindt.

Artikel 6.1.43 CVRO (voorheen artikel 151 D.O.R.O.) bepaalt thans (onderlijning door het hof):

"De stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen kunnen ook voor de rechtbank van eerste aanleg, zetelend in burgerlijke aangelegenheden, in het ambtsgebied waarvan de werken, de handelingen of de wijzigingen, vermeld in artikel 6.1.1, geheel of gedeeltelijk worden uitgevoerd, de herstelmaatregelen vorderen zoals omschreven in artikel 6.1.41, §1. Artikel 6.1.41, §1, §2, §3, §5 en §6, en artikel 6.1.42 zijn van overeenkomstige toepassing."

Artikel 6.1.41, §5 V.C.R.O. voorziet thans:

"Het vorderingsrecht van de stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen verjaart in afwijking van artikel 2262 bis §1, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek als volgt:

- 1° in ruimtelijke kwetsbare gebieden: door verloop van tien jaren, te rekenen vanaf de dag waarop het misdrijf, vermeld in artikel 6.1.1, gepleegd werd, evenwel met behoud van de toepassing van artikel 6.1.1, derde lid;*
- 2° in openruimtegebied: door verloop van tien jaren, te rekenen vanaf de dag waarop het misdrijf, vermeld in artikel 6.1.1., gepleegd werd;*
- 3° door verloop van vijf jaren, te rekenen vanaf de dag waarop het misdrijf, vermeld in artikel 6.1.1, gepleegd werd: in de gebieden die niet sorteren onder 1° en 2°.*

Het eerste lid doet geen afbreuk aan de gemeenrechtelijke schorsings- en stuitingsgronden betreffende burgerlijke rechtsvorderingen volgend uit een misdrijf, en aan de gelding van artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering

Voor toepassing van het eerste lid, 2°, wordt onder openruimtegebied verstaan:

- 1° de landelijke en recreatiegebieden, aangewezen op plannen van aanleg, voor zover zij geen ruimtelijk kwetsbaar gebied uitmaken;*
- 2° de gebieden, aangewezen op ruimtelijke uitvoeringsplannen, die sorteren onder:
 - i. de categorie van gebiedsaanduiding "landbouw" of "recreatie" of*
 - ii. de subcategorie "gemengd openruimtegebied" in zover het gebied geen onderdeel is van het Vlaams Ecologisch Netwerk."**

In het bijzonder wordt gewezen op artikel 7.7.4 V.C.R.O. waarin wordt bepaald (onderlijning door het hof):

"Wanneer het recht van de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen om een herstellvordering in te stellen ontstaan is vóór 1 september 2009, beginnen de termijnen, vermeld in artikel 6.1.41, §5 eerste lid, slechts te lopen vanaf die datum. De totale duur van de verjaringsstermijn mag evenwel niet méér bedragen dan de termijnen, vermeld in artikel 2262 bis §1, tweede en derde lid, van het Burgerlijk Wetboek.

Het eerste lid verhindert de toepassing van artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering niet.

Wanneer de herstellvordering bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing verjaard is verklaard vóór 1 september 2009, vermeld in het eerste lid, kan de inwerkingtreding van het decreet van 27 maart 2009 tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijk plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid niet tot gevolg hebben dat een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen."

Toegepast op wederrechtelijke werken die werden uitgevoerd (c.q. opgericht) vóór 27 juli 1998 (datum van inwerkingtreding van de verjaringswet van 10 juni 1998) begint de verjaringstermijn van de V.C.R.O. te lopen vanaf 1 september 2009 zodat volgens de V.C.R.O. volgende verjaringsregeling geldt voor een herstellvordering op grond van een vóór 27 juli 1998 voltrokken oprichtingsmisdrijf (cf. VAN GIEL, I, l.c., p.78):

- kwetsbare gebieden: uiterlijk op 1 september 2019 (10 jaar na de inwerkingtreding van de V.C.R.O.);
- openruimtegebieden: uiterlijk op 1 september 2019 (10 jaar na de inwerkingtreding van de V.C.R.O.);
- overige niet-kwetsbare gebieden: uiterlijk op 1 september 2014 (5 jaar na de inwerkingtreding van de V.C.R.O.).

In acht genomen de overgangsbepaling van artikel 7.7.4 V.C.R.O. is onder de huidige verjaringsregeling van de V.C.R.O. de herstellvordering evenmin verjaard.

Volledigheidshalve weze opgemerkt dat krachtens dezelfde overgangsbepaling van artikel 7.7.4 V.C.R.O. geldt dat met betrekking tot herstellvorderingen waarvan het recht ontstaan is vóór 1 september 2009 de totale duur van de verjaringstermijnen niet meer mag bedragen dan de termijnen, vermeld in artikel 2262 bis, §1, lid 2 en lid 3 B.W..

Boven werd reeds aangegeven dat de vordering van de appellant onder de verjaringsregeling van het B.W. niet is verjaard zodat de totale duur van de verjaringstermijnen niet meer bedraagt dan de termijnen zoals voorzien in artikel 2262 bis, §1 lid 2 en lid 3 B.W..

Aldus dient besloten te worden dat de herstellvordering van de appellant, gegrond op het oprichtingsmisdrijf, niet is verjaard, zodat het incidenteel hoger beroep van de geïntimeerde desbetreffend als ongegrond is af te wijzen.

In die zin dienen dan ook de door de appellant ontwikkelde middelen omtrent het "complex misdrijf" van voorzetting en Instandhouding ex artikel 65 S.W. niet nader te worden ontmoet.

6.

6.a. In hun laatste syntheseconclusies roepen de geïntimeerden ter bestrijding van de herstellvordering van de appellant ten gronde (nog) volgende middelen in:

- enerzijds de kennelijke onredelijkheid onder toepassing van artikel 159 Grondwet;
- anderzijds de strijdigheid met de formele motiveringsplicht.

6.b. In weerwil van hetgeen de geïntimeerden voorhouden voldoet de herstellvordering aan de vereisten van de formele motiveringsplicht.

De herstellvordering is wettig en gaat verder dan het enkel vaststellen van de inbreuken. Meer bepaald is zij gemotiveerd vanuit het oogpunt van de goede ruimtelijke ordening.

Inzonderheid wordt door het hof vastgesteld dat de appellant in de herstellvordering de gevorderde herstelmaatregel voornamelijk motiveert vanuit de strijdigheid van de opgerichte constructies met het bestemmingsvoorschrift van het gewestplan, zijnde agrarisch gebied, en het feit dat de volumennormen van de uitzonderingsbepalingen van het D.O.R.O. zijn overschreden.

Daarenboven heeft de appellant uitdrukkelijk de mogelijkheid van de meerwaarde als herstellvordering onderzocht:

"Overwegende dat de conform art. 149 DRO de meerwaarde niet kan worden gevorderd omdat de grotere uitvoering van de woning en berging een onaanvaardbaar bijkomende impact resorteert op de omgeving."

In de voorliggende adviezen van de gemachtigde ambtenaar n.a.v. de initiële vergunningsaanvraag en n.a.v. de door de geïntimeerden aangevraagde regularisatievergunning werd reeds op de bijkomende impact op de omgeving van de grotere uitvoering, van de woning en de berging gewezen.

De juridische en feitelijke overwegingen die aan de herstellvordering ten grondslag liggen worden dus op een afdoende wijze aangeduid.

A.11.c

Het feit dat naderhand (m.a.w. na de vaststellingen van de wederrechtelijk uitgevoerde werken en na het inleiden van de herstellvordering) de decretale bepalingen soepeler zijn geworden (o.m. wat betreft de nuttige ruimte-norm in m²) maakt de herstellvordering daarom nog niet ondeugdelijk.

Geïntimeerden putten voordien een zogenaamd argument van onredelijkheid uit het feit dat de motieven op grond van artikel 145bis D.O.R.O. niet meer actueel zouden zijn, onder impliciet verwijzing naar de huidig vigerende rechtsregels terzake "basisrechten voor zonevreemdheid" in het V.C.R.O.. Dit standpunt kan geenszins gevolgd worden, nu dit geen abstractie kan maken van het feit dat voor de betrokken constructies op heden geen stedenbouwkundige vergunning voorligt, want bouwen in strijd met een afgeleverde stedenbouwkundige vergunning wordt gelijkgesteld met bouwen zonder stedenbouwkundige vergunning.

6.c. Nopens de door de geïntimeerde ingeroepen "*kennelijke onredelijkheid*" vermag het hof het volgende stellen.

1. Waar de rechter (en in deze instantie het hof) met volle bevoegdheid het bestaan kan controleren van de feiten en het recht waarop de overheidsbeslissing betrekking heeft, alsmede kan nagaan of het recht correct op de feiten werd toegepast, komt aan hem m.b.t. de geformuleerde herstellvordering, m.n. in casu de gevorderde afbraak van de achterbouw van de woning en de gevorderde afbraak van de berging een opportuniteitsbeoordeling toe (val. Arbitragehof nr Cass., 15 juni 2004, en

Artikel 6.1.41, §1 V.C.R.O. (voorheen artikel 149, §1 D.O.R.O.) heeft aan het bestuur immers de bevoegdheid om een herstelbeleid te voeren waarbij het bestuur beslist of het al dan niet een herstelmaatregel zal vorderen en waarbij, indien het beslist om een herstelmaatregel te vorderen, over de keuze beschikt tussen drie mogelijke herstelmaatregelen binnen de grenzen en de modaliteiten die nader bij artikel 6.1.41 V.C.R.O. (voorheen artikel 149 D.O.R.O.) zijn bepaald.

Deze wettelijke bepaalde keuzemogelijkheid houdt dus een appreciatie- en beleidsbevoegdheid in voor het bestuur die de rechter krachtens het beginsel van de scheiding der

machten, zoals vervat in de artikelen 36, 37 en 40 Grondwet niet heeft.

Enkel moet de rechter (en in deze instantie het hof) krachtens artikel 159 Grondwet nagaan of de beslissing van de stedenbouwkundig Inspecteur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Hij moet derhalve de vordering die steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zonder gevolg laten (vgl. Cass., 23 september 2008,

Wanneer de wettigheid van de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand wordt aangevochten, gaat de rechter (en in deze instantie het hof) bovendien in het bijzonder na of deze vordering niet kennelijk onredelijk is. Hij kan niet zelf de redelijke herstelmaatregel bepalen, maar enkele oordelen of het bestuur in alle redelijkheid is kunnen komen tot de beslissing een bepaalde wijze van herstel te vorderen. Het begrip "*kennelijke onredelijkheid*" wijst op de wijze waarop de rechter de bestuurlijke beslissing op zijn redelijkheid beoordeelt, namelijk met de terughoudendheid die de discretionaire macht van het bestuur vereist (Ibidem).

Gelet op hetgeen voorafgaat vermocht de eerste rechter in het bestreden vonnis dan ook niet om een andere herstelmaatregel op te leggen dan deze die door de appellatant als bevoegd bestuur op gemotiveerde wijze werd gevorderd, gezien dit neerkomt op een onwettig opportuniteitsoordeel.

Het vonnis a quo dient dan ook op dit punt te worden hervormd

2. Zoals boven reeds aangehaald heeft de Hoge Raad voor het Herstelbeleid op 14 juli 2007 een niet eensluidend advies verleend voor wat betreft het gevorderd herstel aangaande de woning én een eensluidend advies voor wat betreft het gevorderd herstel van de berging c.q. werkplaats.

Dit advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is niet bindend ten aanzien van de appellatant als herstellende overheid (en evenmin ten aanzien van het hof).

Het advies, zoals verleend onder toepassing van het oude artikel 198 bis D.O.R.O. is een niet verplicht advies en is geen bestuursbeslissing die kan worden genomen t.a.v. een persoon m.a.w. is geen éézijdige beslissing die de rechtspositie van persoon kan wijzigen.

Het is een louter advies en de rechter (en in deze instantie het hof) behoudt dienaangaande zijn volledige beoordelingsvrijheid, hetgeen impliceert dat hij (en in deze instantie het hof) de mogelijkheid heeft om de herstellvordering te beoordelen op haar (interne en externe) wettigheid in ongeacht of de Hoge Raad voor het Herstelbeleid al dan niet een éénsluitend dan wel niet-eénsluitend (m.a.w. andersluitend) advies geeft omtrent het toekennen van de herstellvordering.

M.a.w. brengt het niet-eénsluitend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid niet het verval van de herstellvordering met zich mee en evenmin impliceert dit dat de appelland gehouden zou zijn deze herstellvordering te wijzigen dan wel er afstand van te doen.

Over de regelmatig aanhangig gemaakte herstellvordering dient het hof derhalve uitspraak te doen, waarbij het gevraagde advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid weliswaar een belangrijk beoordelingselement vormt, maar evenwel (zoals reeds aangegeven) niet bindend is.

De beoordelingsmarge waarover de Hoge Raad vóór het Herstelbeleid beschikt is overigens ruimer dan deze van de rechter (en in deze instantie het hof) die slechts de wettigheid en niet de opportuniteit van de gevorderde herstellmaatregel vermag te beoordelen.

3. Met betrekking tot de motivering van de appelland voor wat betreft de gevorderde herstellmaatregel voor de woning, nl. het slopen van de uitbouw achteraan de woning die een oppervlakte heeft van ongeveer 48 m² dient het hof (samen met de Hoge Raad voor het Herstelbeleid) vast te stellen dat (inderdaad) de appelland niet aanduidt waarom de voorgestelde herstellmaatregel van de achterbouw noodzakelijk is vanuit een vergelijking van de ruimtelijke

impact van de oorspronkelijk vergunde woning en de huidige woning.

M.a.w. wordt het gevorderd herstel van de woning geenszins op een afdoende wijze gemotiveerd én dit uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening.

Aldus is naar het oordeel van het hof de herstellvordering m.b.t. de woning gesteund op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die in de concreet feitelijke omstandigheden kennelijk onredelijk is.

Ook dient, zoals reeds gesteld, de rechter (en in deze instantie het hof) nagaan of de last die voor de overtreder uit het gevorderde herstel zou voortvloeien, opweegt tegen het voordeel dat hieruit voor de ruimtelijke ordening zou ontstaan.

Hieruit volgt dat ook wanneer de wederrechtelijke constructies onverenigbaar zijn met de planologische bestemming van het gebied (het bestemmingsvoorschrift van het gewestplan zijnde agrarisch gebied), inzonderheid in deze een strijdigheid met de volumennormen van de uitzonderingsbepalingen, de rechter (en in deze instantie het hof), afhankelijk van de concrete omstandigheden van de zaak, kan oordelen dat een herstellvordering die op grond van planologische bestemming en die voorschriften is gesteund, wel of niet kennelijk onredelijk is en niet noodzakelijk is om de ruimtelijke ordening te vrijwaren (vgl. Cass. 10 februari 2009, Arr. Cass. Cass. 19 februari 2009,

Daarbij dient de rechter (en in deze instantie het hof) bij het afwegen van het kennelijk redelijke karakter van de herstellvordering van het bestuur, alvorens in redelijkheid te kunnen besluiten tot herstel middels afbraak, de impact op de ruimtelijke ordening en de omgevingshinder van de bestaande wederrechtelijke toestand ook vergelijken met deze door het bestuur zelf vergunde toestand (vgl. Cass. 11 januari 2011, R.W. 2011-12; 913).

Waar de woning van de geïntimeerden werd vergund voor een volume van 798 m³ doch werd gebouwd met een woonvolume van 1016 m³, dient opgemerkt te worden dat uit de voorgelegde plannen en foto's blijkt dat:

A.11.c

- het algemeen concept van de woning hetzelfde is als de woning die werd vergund en de uitbouw van de woning zich achteraan de woning bevindt;
- de woning gelegen is een sterk aangetast "agrarisches gebied" met voor een groot deel residentiële woningen;
- het perceel alleen is een driehoek omringd door de spoorweg, autosnelweg en het
- de inbreuk evenmin ruimtelijk-visueel gezien storend kan genoemd worden.

In acht genomen hetgeen voorafgaat vermag het hof te stellen dat de door de appellant gegeven motivering de voorgestelde herstelmaatregel van afbraak niet verantwoordt wordt vanuit een motivering van de ruimtelijke impact van de overtreding en deze impact wordt evenmin ondersteund door andere elementen van het dossier.

Besluitend dient derhalve gesteld te worden dat in de concreet gegeven omstandigheden de vordering tot herstel van de woning door middelen van afbraak van de achterbouw in de oorspronkelijke toestand kennelijk onredelijk is.

Dit is naar het oordeel van het hof evenwel anders voor wat betreft de berging c.q. opslagruimte.

Volgens de vergunde plannen ging een autoberging worden opgericht van 6,30 m x 4,80 m x 4,10 m terwijl er in werkelijkheid een berging c.q. opslagruimte/werkplaats werd gebouwd van 1,20 m (lengte) x 9 m (breedte) x 5 m (hoogte).

Het gaat hier niet meer om een loutere berging of garage behorende bij een woning maar om een werkplaats c.q. opslagruimte voor de activiteit van de eerste geïntimeerde als zelfstandige zoals hij zelf verklaarde n.a.v. de vaststellingen d.d. 10 september 1996:

"Dit was ook zo het geval met de garage. Als zelfstandige heb ik nogal veel materiaal die ik moet bergen en daarom werd deze berging ook groter uitgevoerd dan aangevraagd."

Eenzijds is een aanzienlijke ruimtelijke impact van deze overtreding welke blijkt o.a. uit de voorgelegde foto's.

De opgerichte bergplaats is ingevolge haar volume en omvang duidelijk niet verenigbaar met de onmiddellijke omgeving, zijnde "agrarisches gebied".

Het feit dat dit "agrarisches gebied" reeds is aangetast door bestaande bebouwing neemt niet weg dat het oprichten van een dergelijke berging met een dergelijke omvang wel degelijk een belangrijke ruimtelijke impact heeft en als visueel storend dient beschouwd te worden.

Anderzijds wordt deze bergplaats gebruikt door de eerste geïntimeerde in het kader van zijn zelfstandige activiteit als aannemer van sanitair en centrale verwarming. De visie van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid dat de dynamiek die deze bedrijvigheid creëert op deze locatie ruimtelijk niet kan worden verantwoord, wordt terzake onderschreven door het hof.

De geïntimeerden kunnen de door hen ingeroepen "onredelijkheid" ook niet motiveren op grond van het feit dat het voormalige artikel 145bis D.O.R.O. niet meer actueel is, onder impliciet verwijzing naar de huidige vigerende rechtsregels terzake "basisrechten voor zonevreemdheid" in het V.C.R.O.. Dit standpunt kan geenszins gevolgd worden, nu dit geen abstractie kan maken van het feit dat voor de betrokken constructies op heden geen stedenbouwkundige vergunning voorligt, want bouwen in strijd met een afgeleverde stedenbouwkundige vergunning wordt gelijkgesteld met bouwen zonder stedenbouwkundige vergunning.

Onterecht beroepen de geïntimeerden zich tenslotte ten deze op de zeer zware financiële gevolgen die gevorderde afbraak met zich zou meebrengen.

Zij wisten bij het niet naleven van de hen verleende stedenbouwkundige vergunning zeer goed dat ze zich in de onwettigheid begaven zodat de gevolgen enkel en alleen aan hen zijn toe te rekenen. Alhoewel hun initiële bouwvraag werd gewelgerd, onder meer én meer in het bijzonder gezien het geplande bijgebouw geen normale aanhorigheid bij de woning betrof, en dit gelet op de oppervlakte, het bouwvolume en de zolderruimte, besloten geïntimeerden toch de door hun

A.11.c

gewenste garage ruimer en volledig in strijd met de hun verleende vergunning te bouwen.

De vordering tot herstel in de oorspronkelijke toestand voor wat betreft de berging is naar het oordeel van het hof dan ook wettig genomen en niet kennelijk onredelijk, gezien ze nuttig is om het nagestreefde doel te bereiken, er geen alternatieve regeling bestaat en ze niet disproportioneel bezwarend is voor de geïntimeerden.

6.d. Gelet op het bovenstaande komt het hof tot het besluit dat de herstellvordering gegrond is voor wat betreft de berging.

Wel is het hof van oordeel dat het aan de geïntimeerden een ruime termijn moet toestaan om het herstel uit te voeren.

Het hof neemt hierbij in rekening dat:

- de huidige situatie reeds geruime tijd aansleept, hetgeen niet uitsluitend te wijten is aan het gedrag van geïntimeerden;
- de eerste geïntimeerde in de bedoelde berging zijn activiteit als zelfstandige uitoefent zodat hij over de nodige tijd dient te beschikken om uit te kijken naar een andere werk- of bergplaats.

6.e. De appellant heeft in zijn herstellvordering van 14.04.2003 ook het bekomen van een dwangsom inbegrepen.

Waar:

- de eenvormige Beneluxwet op de dwangsom toe laat dat een dwangsom wordt opgelegd wanneer de rechter het herstel van de plaats in een vorige staat beveelt (vgl. Cass. 20 mei 1992, Arr. Cass. Cass. 20 januari 1993, AR inzake
- artikel 6.1:41, §3, V.C.R.O. thans uitdrukkelijk voorziet dat de rechter een dwangsom kan bepalen;
- de dwangsom een bijkomende veroordeling is die dient om de nakoming van de hoofdveroordeling te verzekeren en waar kan worden gevreesd dat de geïntimeerden aan het gevorderd herstel geen gevolg zullen geven;

is het aangewezen in deze in het opleggen van een dwangsom te voorzien, zoals gevorderd.

Deze hierna op te leggen dwangsom kan niet worden verbeurd dan na de betekening van het tussen te komen arrest en na het verlopen van de termijn die het hof toekent, en binnen dewelke geïntimeerden de opgelegde herstelmaatregelen dient uit te voeren.

Wel komt het naar het oordeel van het hof aangewezen voor om onder toepassing van artikel 1385 ter Ger.W. het bedrag waarboven geen dwangsom meer kan verbeurd worden te bepalen op 125.000,00 euro.

7.

Onder toepassing van artikel 1017, lid 1 Ger.W. dienen de geïntimeerden in solidum verwezen te worden in de kosten van de beide instanties.

Inzonderheid wat betreft de rechtsplegingvergoeding, wijst het hof de partijen op 2 arresten van het Grondwettelijk Hof.

Bij arrest nr. 43/2012 van 8 maart 2012 van het Grondwettelijk Hof werd als volgt voor recht gezegd:

"Artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek, vóór de inwerkingtreding van de wet van 21 februari 2010, schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre een rechtsplegingvergoeding ten laste van het Vlaamse Gewest kan worden gelegd wanneer de stedenbouwkundig inspecteur in het ongelijk wordt gesteld bij zijn op grond van artikel 6.1.43 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening voor de burgerlijke rechtbank ingestelde herstellvordering."

Het Grondwettelijk Hof motiveerde deze beslissing inzonderheid als volgt:

"(...)

B.8. De thans in het geding zijnde herstellvordering wordt door de stedenbouwkundig inspecteur uitsluitend ingesteld in het algemeen belang, met het oog op het vrijwaren van de goede ruimtelijke ordening.

Weliswaar zijn de leden van het openbaar ministerie magistraten van de rechterlijke orde, terwijl de stedenbouwkundig inspecteurs ambtenaren zijn die tot de uitvoerende macht behoren, zoals de Ministerraad terecht opmerkt. Uit de parlementaire voorbereiding van artikel 151 van de Grondwet, dat de onafhankelijkheid van het openbaar ministerie in de individuele opsporing en vervolging waarborgt, blijkt evenwel dat:

²Het openbaar ministerie onafhankelijk is wanneer het de strafvordering instelt en dus bij het vervolgen van misdrijven, wezen het dat het openbaar ministerie

A.11.c

hier (...): geen rechterlijk ambt uitoefent maar veeleer een ambt van de uitvoerende macht en aldus onderworpen is aan het gezag en het toezicht van de minister van Justitie om de strafvervolgning te bevelen (artikel 274 en volgende: het positief injunctierecht), evenals naar de bevoegdheid van de minister van Justitie om de richtlijnen van het strafrechtelijk beleid, inclusief die van het opsporings- en vervolgingsbeleid, vast te stellen " (Parl. St., Kamer, 1997-1998, nr. 1675/1, p. 4)."

Het verschillende statuut van de stedenbouwkundige inspecteurs en van de leden van het openbaar ministerie kan derhalve niet volstaan om het in het geding zijnde verschil in behandeling te beantwoorden.

Zoals de leden van het openbaar ministerie dienen de stedenbouwkundige inspecteurs hun vordering in volle onafhankelijkheid te kunnen uitoefenen, zonder rekening te houden met het financieel risico verbonden aan het proces."

Bij arrest nr. van 25 april 2013 werd in het kader van een stakingsvordering overeenkomst artikel 6.1.47, zesde lid V.C.R.G. als volgt voor recht gezegd:

"De artikelen 1017, eerste lid, 1018 en 1022 van het Gerechtelijk Wetboek schenden de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet."

waarbij in de motivering het volgende te lezen valt:

"(...)

Het hangt samen met de aard van de procedure dat te dezen de overheid steeds als verwerende partij optreedt. Door zich te verweren tegen de vordering tot opheffing verdedigt de stakingsbevelende overheid evenwel steeds het algemeen belang en de vrijwaring van de goede ruimtelijke ordening, zodat het niet verantwoord is dat zij in de rechtsplegingvergoeding kan worden verwezen.

B.4.4. Derhalve kan aan de overheid die, met toepassing van titel VI "Handhavingsmaatregelen", hoofdstuk I "Strafbepalingen", afdeling 7 "Staking van de in overtreding verrichte werken of handelingen" een stakingsbevel heeft uitgevaardigd en die zich vervolgens verweert tegen een vordering tot opheffing van een stakingsbevel geen rechtsplegingvergoeding worden opgelegd, maar, rekening houdende met het bepaalde in B.4.3., kan haar ook geen rechtsplegingvergoeding worden toegekend, zodat het verschil in behandeling onbestaande is."

Uit de voormelde arresten dient in deze te worden afgeleid dat aan de appellant geen rechtsplegingvergoeding kan worden toegekend.

**OM DEZE REDENEN,
HET HOF**

Recht doende op tegenspraak.

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

Verder recht doende na de tussenarresten d.d. 14 januari 2006, d.d. 12 januari 2007 en d.d. 11 september 2009.

Stelt vast dat het principaal hoger beroep en het incidenteel hoger beroep reeds ontvankelijk werden verklaard middels het tussenarrest d.d. 12 januari 2007.

Verklaart het principaal hoger beroep deels gegrond en wijst het incidenteel hoger beroep als ongegrond.

Doet het bestreden vonnis teniet en opnieuw wijzende, verklaart de vordering van de appellant ontvankelijk en in navolgende mate gegrond.

Veroordeelt de geïntimeerden in solidum tot het herstel in de oorspronkelijke staat van een perceel, gelegen
afdeling
meer bepaald door:

- het slopen van de berging inclusief de aangebrachte funderingen en de aangebrachte leidingen;
- het herstel van het maaiveld met teelaarde;
- het verwijderen van het gesloopte materiaal van het terrein naar een daarvoor geschikt terrein

en dit binnen een termijn van twee jaar, te rekenen vanaf de betekening van onderhavig arrest en zulks onder verbeurte van een dwangsom van 125,00 euro per dag vertraging in het niet-uitgevoerd zijn van dit en waarbij de dwangsom zal kunnen worden verbeurd na de hiertoe rechtens vereiste betekening overeenkomstig artikel 1385bis, voorlaatste lid Ger.W. en dit met ingang van de eerste dag van de 25^e maand volgend op het in kracht van gewijsde treden van onderhavig arrest.

Bepaalt onder toepassing van artikel 1385 ter Ger.W. het bedrag waarboven geen dwangsom meer kan verbeurd worden op 125.000,00 euro.

Machtigt de appellant om overeenkomstig artikel 6.1.46 V.C.R.O. ambtshalve over te gaan tot uitvoering van de hierboven beschreven herstelwerkzaamheden, indien de geïntimeerden daartoe in gebreke blijft, en dit op kosten van geïntimeerden, terugbetaalbaar op loutere voorlegging van de factuur.

Zegt voor recht dat het verbeurd zijn van de dwangsommen zal kunnen bewezen worden door alle middelen van recht en dat zij in ieder geval zal blijken uit de vaststellingen van de eerst daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder.

Verwijst de geïntimeerden in solidum tot de kosten van de beide instanties, gevallen aan de zijde van appellant, en begroot op:

- dagvaarding: 266,01 euro;
- hypothecaire inschrijving: 214,56 euro;
- rolrecht hoger beroep: 186,00 euro;

Laat de kosten van de beide instanties, gevallen aan de zijde van geïntimeerden, ten hunnen laste en zegt dat ze niet nuttig nader te begroten zijn.

Wijst het meer en anders gevorderde af als niet gegrond.

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

Kamervoorzitter,
Raadsheer,
Raadsheer,

en uitgesproken door de Kamervoorzitter van de kamer in

A.11.c

en uitgesproken door de Kamervoorzitter van de kamer in openbare terechtzitting op zeventien mei tweeduizend en dertien,
bijkstaan door

Griffier.