

**Om uitsluitend te dienen
in bestuurszaken**

Nr. van het arrest

Nr. *1337* Corr: Folio

Nr. **2003 CV 276** van het parket

Nr. 2003 BC 756 van de griffie

ARREST

Het Hof van Beroep te Brussel, 15^{de} kamer,

zitting houdend in strafzaken, wijst het volgende arrest :

In aanwezigheid van het Openbaar Ministerie de zaak van :

3390 **DE GEWESTELIJK STEDENBOUWKUNDIG INSPECTEUR**, van de afdeling
Ruimtelijke Ordening, Huisvesting en Landschappen voor de provincie
handelend in naam van het Vlaams Gewest, met burelen te 3000
Leuven, Dirk Boutsgebouw, Diestsepoort 6 bus 93,

gedaagde tot opheffing dwangsom,
vertegenwoordigd door meester ; loco meester
beiden advocaat aan de balie van

tegen :

3391 1) geboren te op
, wonende te

in eigen naam en in haar hoedanigheid van rechtsopvolger van
overleden op

3392 2) geboren op
wonende te

in zijn hoedanigheid van rechtsopvolger van , overleden
op

3393 3) , geboren op
wonende te
in haar hoedanigheid van rechtsopvolger van , overleden op

3394 4) , geboren op
wonende te
in zijn hoedanigheid van rechtsopvolger van , overleden op

3395 5) , geboren op
wonende te
in zijn hoedanigheid van rechtsopvolger van , overleden op

3396 6) , geboren op
wonende te
in zijn hoedanigheid van rechtsopvolger van , overleden op

verzoekers tot opheffing dwangsom,
vertegenwoordigd door meester , advocaat aan de balie van

Gehoord het verslag van voorzitter

Gehoorde de verzoekers in hun middelen van verdediging zoals door meester
ter zitting ontwikkeld.

Gehoord de gewestelijk stedenbouwkundige inspecteur in zijn middelen zoals
ter zitting ontwikkeld door meester

Gezien de conclusies en stukken van partijen.

Bij dagvaarding van 16 augustus 2002 werden en
strafrechtelijk vervolgd wegens :

- A) het oprichten van een houten tweewoonst, een houten tuinhuisje, een dubbele garage en een berging en het aanleggen van drie vijvers op het onroerend goed gelegen te nabij de kadastraal gekend onder s tussen februari 1965 en 25 november 1997,
- B) het instandhouden ervan sedert het beëindigen van die werken, minstens sedert 25 november 1997 tot 1 mei 2000, en
- C) het instandhouden van 1 mei 2000 tot 5 oktober 2001. Bij brief van 22 augustus 2002 werd de inschrijving van de dagvaarding in het vergunningenregister verzocht aan de gemeente.

Zij verwierven het perceel "moeras en bouwland", gekend onder sectie op 27 februari 1965. Op 12 mei 1969 werden zij tevens eigenaars van het aanpalende perceel moeras, kadastraal gekend onder sectie

Naar aanleiding van de vaststellingen bij proces-verbaal van 17 november 1997 vorderde de gemachtigde ambtenaar bij brief van 10 augustus 1999 aan de procureur des Konings, het herstel van de plaats in de vorige staat onder verbeurte van een dwangsom van 2.000 BEF per dag, omdat de percelen in natuurgebied gelegen zijn terwijl de uitgevoerde werken een residentiële en privaat-recreatieve functie en geen functie in het kader van het natuurbehoud heeft.

De correctionele rechtbank te Leuven achtte bij vonnis van 11 juni 2003 de betichtingen bewezen, behalve het aanleggen van de drie vijvers, en verleende aan en de gunst van de opschorting. Hij oordeelde dat de drie vijvers werden aangelegd vóór 1962 en dat de beklaagden enkel reinigingswerken hebben uitgevoerd. Hij beval het gevorderde herstel van de plaats in de vorige staat (door afbraak van alle wederrechtelijk opgerichte constructies en verwijdering van alle afbraakmaterialen) binnen een termijn van twaalf maanden nadat de uitspraak kracht van gewijsde heeft verkregen en onder verbeurte van een dwangsom van € 49,58 per dag vertraging.

De stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen werden gemachtigd tot ambtshalve uitvoering bij het in gebreke blijven van de veroordeelden.

Tegen dit vonnis werd hoger beroep ingesteld door en
daarin gevolgd door het Openbaar Ministerie.

Bij arrest van 21 januari 2008 heeft het hof het beroepen vonnis bevestigd met dien verstande dat ook de tenlastelegging met betrekking tot de drie vijvers bewezen verklaard werd en dus ook de herstellvordering bevolen werd met betrekking tot de drie vijvers, meer bepaald het dempen van de drie vijvers met grond tot het oorspronkelijk grondpeil, onder verbeurte van een dwangsom van 100 euro per dag vertraging.

Tegen dit arrest hebben de veroordeelden cassatieberoep ingesteld, hetgeen bij arrest d.d. 24 juni 2008 werd verworpen.

Op 4 november 2009 werd door de gerechtsdeurwaarder een proces-verbaal van vaststelling opgesteld, waaruit bleek dat alle illegale constructies verwijderd en afgebroken werden en dat de drie vijvers nog steeds op het perceel aanwezig waren.

Bij proces-verbaal van vaststelling werd vastgesteld dat de herstelmaatregel integraal is uitgevoerd, inbegrepen het dempen van de drie vijvers tot op het oorspronkelijk grondpeil.

Bij dagvaarding van 28 januari 2011 vorderen consoorten en thans te horen zeggen voor recht dat de dwangsom zoals opgelegd bij arrest d.d. 21 januari 2008 van de vijftiende kamer van het hof van beroep te Brussel:

- in hoofdde : vervallen is ingevolge enerzijds de afbraak door verzoekers van de constructies binnen de daartoe voorziene termijn en de morele onmogelijkheid in hoofde van de verzoekers om tot demping van de vijvers over te gaan sedert 12 juni 2009 tot de effectieve demping per 11 mei 2010;
- in ondergeschikte orde: de dwangsom uit te splitsen in een dwangsom t.b.v. 90% (49,58 euro) bij niet afbraak van de opstaanden en 10 euro per dag voor het niet tijdig dempen van de vijvers;
- in zeer ondergeschikte orde: de dwangsom uit te splitsen in een dwangsom t.b.v. 50 euro per dag vertraging voor de afbraak van de opstaanden en 50 euro per dag vertraging voor het niet tijdig dempen van de vijvers;
- in de onmogelijke veronderstelling dat de dwangsom niet kan gesplitst worden, de globale dwangsom te herleiden tot een redelijk en billijk bedrag met een maximum van 60 euro per dag (50 + 10).

Krachtens artikel 1385quinquies Ger.W. is het uitsluitend de dwangsomrechter, d.i. de rechter die de dwangsom heeft opgelegd, die de dwangsom kan opheffen, verminderen of de looptijd ervan opschorten.

Aangezien het hof in zijn arrest van 21 januari 2008 een van de uitspraak in eerste aanleg afwijkende beslissing heeft genomen wat betreft de tenlasteleggingen met betrekking tot de drie vijvers, die wel bewezen verklaard werden, en waarvoor het herstel in de oorspronkelijke staat wel bevolen werd onder verbeurte van een dwangsom, is het datzelfde hof dat kennis neemt van de vordering van verzoekers die gesteund wordt op het voormelde wetsartikel.

Inzake zwaarigheden bij tenuitvoerlegging is krachtens artikel 1395 samengelezen met artikel 1498 Ger.W. de beslagrechter bevoegd (in dezelfde zin Cass. 15 januari 1999, R.W. 1999-2000, 148). Het hof als dwangsomrechter heeft terzake geen bevoegdheid.

Uit artikel 1385quinquies Ger.W. volgt dat alleen de vaststelling door het hof van de onmogelijkheid voor [] en [] om de hoofdveroordeling in voormeld arrest te voldoen, het hof in staat kan stellen gehele of gedeeltelijke vrijstelling of ontheffing van betaling van de dwangsom toe te staan (in dezelfde zin Cass. 31 oktober 2002, C.01.0400.F; Cass. 3 november 1994, A.C. 1994, 926).

Er is sprake van onmogelijkheid in de zin van artikel 1385quinquies Ger.W., indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel, dit wil zeggen als geldelijke prikkel om nakoming van de veroordeling zoveel mogelijk te verzekeren, zijn zin verliest. Dit wordt aangenomen indien het onredelijk zou zijn méér inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan [] en [] hebben betracht (in dezelfde zin Cass. 30 mei 2002, C.99.0298.N; Benelux Gerechtshof 25 september 1986, R.W. 1986-87, 1333).

Consoorten [] en [] betwisten niet dat zij tot 11 mei 2010 geen algehele uitvoering hebben gegeven aan de hoofdveroordeling bij voormeld arrest van 21 januari 2008 nu de drie vijvers pas op 11 mei 2010 zouden gedempt zijn.

Consoorten [] en [] voeren en tonen geen materiële onmogelijkheid, geheel of gedeeltelijk, al dan niet tijdelijk, aan om de hoofdveroordeling geheel uit te voeren.

Zij steunen hun vordering wel op een bewaarde tijdelijke en gehele morele onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. In de dagvaarding en de conclusie, neergelegd ter zitting van het hof d.d. 27 september 2011, wordt hoofdzakelijk verwezen naar de volgende gegevens:

- de vorige eigenaars, [] en [], hebben gedeeltelijk en hoofdzakelijk voldaan aan de uitvoering van de herstellvordering door afbraak van de woning en bijhorigheden binnen de daartoe verleende termijn;
- zij verkeerden in de morele onmogelijkheid om aan de uitvoering te voldoen, wat het dempen van de vijvers betreft, nu zij door de respectievelijke administraties zelf in verwarring werden gebracht en de standpunten van de administraties onderling (doelende op het Agentschap voor Natuur en Bos [] en de stedenbouwkundige inspecteur) tegenstrijdig zijn;
- zo hadden wijlen [] en [] op 12 juni 2009 een akkoord bekomen met het Agentschap voor Natuur en Bos [] waarbij een beheersplan werd opgesteld en waarbij werd toegestaan om de drie vijvers om te vormen tot poelen en het herstel hiertoe te doen in de loop van de eerste vijf jaar van het beheersplan;
- desontrent was er volledige steun van de Gemeente [] ;
- minstens hebben zij gedwaald over de rechtskracht van de beslissing van het Agentschap voor Natuur en Bos.

In weerwil van hetgeen in de dagvaarding en voormelde conclusie wordt aangevoerd om tot het tegendeel te besluiten, is het hof van oordeel dat de door de eisers ingeroepen omstandigheden, afzonderlijk of samen beschouwd, geen gehele of gedeeltelijke, al dan niet tijdelijke, morele onmogelijkheid voor hen meebrengen om te voldoen aan de hoofdveroordeling, die beoogt aan de volgens het arrest d.d. 21 januari 2008 door de veroordeelden wetens en willens tot stand gebrachte onrechtmatige toestand een einde te stellen.

Noch de ingeroepen verwarring of vermeende dwaling kunnen grond zijn van de door eisers ingeroepen morele onmogelijkheid nu vaststaat dat er geenszins verwarring of dwaling daarover mogelijk was.

Er bestond een arrest vanaf 21 januari 2008, dat in kracht van gewijde is gegaan na het cassatiearrest d.d. 24 juni 2008 en dus zeker op de door eisers ingeroepen begindatum van de "verwarring of dwaling" en ook van de gevorderde opheffing van de dwangsom meer bepaald 12 juni 2009, waarbij onder andere het dempen van de drie vijvers met grond tot het oorspronkelijk grondpeil werd bevolen onder verbeurte van een dwangsom van 100 euro.

Het zijn dan de veroordeelden zelf die zich naar de gemeente begaven, een op dat ogenblik onbevoegde instantie om zich uit te spreken over de uitvoering van een bij arrest bevolen herstel.

Zij hebben ook op eigen initiatief stappen ondernomen om bij het Agentschap Natuur en Bos een vergelijk te bekomen (zie brief d.d. 22 september 2011 van de gemeente – stuk 15 van elzers).

Uit de stukken, zoals voorgebracht door de stedenbouwkundige inspecteur, meer bepaald de brief d.d. 22 oktober 2008 aan de advocaat van de veroordeelden, de e-mail d.d. 3 augustus 2009 en de brief d.d. 3 november 2009 aan de gemeente, blijkt duidelijk dat de houding van de stedenbouwkundige inspecteur steeds coherent dezelfde is geweest, meer bepaald dat de vijvers dienden gedempt te worden zoals voorzien bij arrest d.d. 21 januari 2008.

De gemeente heeft in haar zitting d.d. 7 april 2009 (zie stuk 16 van eisers) enkel en alleen beslist om aan de gewestelijk stedenbouwkundige ambtenaar "voor te stellen" om de drie vijvers te behouden om te dienen als buffergebied bij eventuele overstromingen. Indien deze met het voorstel akkoord zou gaan, zouden de nodige bepalingen opgenomen worden in het Gemeentelijk Ruimtelijk Structuurplan.

Zij heeft nergens voorgehouden dat zij een beslissing kon nemen die boven of in de plaats kwam van het arrest d.d. 21 januari 2008. Integendeel vermeldde de notulen van voormelde zitting dat "Gelet op het dwingend karakter van de rechterlijke uitspraken waardoor het dempen van de vijvers (eventuele ontbrekende woorden), een bespreking met de gewestelijk stedenbouwkundige inspecteur aangewezen is".

Uit geen enkel stuk blijkt dat dergelijk akkoord van de stedenbouwkundige inspecteur, waarvan sprake in de hierboven vermelde notulen van de gemeente, er is gekomen zodat er van verwarring geen sprake kan zijn.

Ook het feit dat de veroordeelden en rechtsopvolgers zouden gedwaald hebben nopens de rechtskracht van de beslissing van het Agentschap van Natuur en Bos is onaanvaardbaar als oorzaak van de ingeroepen morele onmogelijkheid nu er over deze "rechtskracht" geen dwaling mogelijk was.

Het definitief arrest diende uitgevoerd te worden, wat steeds de houding van de stedenbouwkundig inspecteur geweest is, en kon geenszins teniet gedaan worden door een akkoord te sluiten met het Agentschap Natuur en Bos, dat duidelijk onder voorwaarden werd aangegaan.

Terecht verwees de stedenbouwkundige inspecteur in het schrijven van 3 november 2009 aan het College van burgemeester en schepenen naar de e-mail d.d. 3 augustus 2009 waarin gesteld werd dat de betrokkenen een stedenbouwkundige vergunning dienden te bekomen en onmiddellijk de eventuele voorwaarden uit te voeren en dat zolang dit niet gebeurd was de dwangsom bleef verbeuren.

Vermits artikel 1385 quinquies Ger.W. restrictief dient te worden toegepast, rekening houdend met het feit dat de rechterlijke beslissing van opheffing, vermindering of opschorting van de dwangsom een uitzondering vormt op het kracht van gewijsde verbonden aan de oorspronkelijke beslissing d.d. 21 januari 2008 waarbij ze is uitgesproken, is het hof als dwangsomrechter uitsluitend bevoegd om de dwangsom op te heffen of te verminderen in geval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelden om aan de veroordeling te voldoen.

Het enkele feit dat de dwangsom is opgelopen ten gevolge van het nalatig stilzitten van de veroordeelden en het feit dat daardoor een wanverhouding is ontstaan tussen het bedrag van de dwangsom en de waarde van de niet - uitgevoerde prestatie, die slechts een klein deel van de door de rechter bevolen prestatie betreft, meer bepaald het dempen van de drie vijvers, kan geen aanleiding geven tot de gevorderde opheffing, vermindering of opschorting noch tot de in ondergeschikte orde gevraagde opsplitsing van de dwangsom. (zie conclusie E. Krings, advocaat-generaal bij arrest d.d. 9 maart 1987 van het Benelux-Gerechtshof, R.W. 1986 - 87, 2287 e.v.).

Ten onrechte vordert de gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur de veroordeling van de eisers tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 1.320 euro.

Vermits de dwangsom niets meer is dan een accessorium van de herstelmaatregel als hoofdveroordeling en het optreden van de stedenbouwkundige inspecteur inzake de herstellvordering een wettelijke opdracht in het algemeen belang uitoefent en geen particulier belang nastreeft, kan inzake - bij de vordering op grond van art. 1385quinquies Ger.W.- het optreden van de stedenbouwkundige inspecteur niet worden gelijkgesteld met het optreden van een burgerlijke partij in de zin van artikel 162bis Wetboek van Strafvordering.

De vordering tot veroordelen van de eisers tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding is inzake ongegrond.

**OM DEZE REDENEN,
HET HOF,**

RECHTSPREKEND NA TEGENSPRAAK;

Gezien de wetsbepalingen in het bestreden vonnis aangehaald, alsook de artikelen :

- 24 van de wet van 15 juni 1935,
- 210 en 211 van het Wetboek van Strafvordering;

Verklaart de vordering van de eisers ontvankelijk doch ongegrond.

Veroordeelt de eisers tot de kosten van huidige procedure begroot op 568,20 euro (dagvaardingskosten)

Verklaart de vordering van de gewestelijk stedenbouwkundige inspecteur wat de veroordeling van de eisers tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding betreft ongegrond.

Aldus uitgesproken in openbare terechtzitting van **18 oktober 2011**, waar aanwezig waren :

- | | | |
|-----------|--|----------------------------|
| - mevrouw | | raadsheer d.d. voorzitter, |
| - mevrouw | | raadsheer, |
| - de heer | | raadsheer, |
| - de heer | | advocaat-generaal, |
| - de heer | | griffier. |