

Nr.: 2729

Rep.: 2005/5140

Zitting van:

20.09.2005

eindarrest
1 1 1

Het HOF VAN BEROEP, zitting houdend te
ANTWERPEN,
6^{de} bis KAMER, recht doende in burgerlijke
zaken, heeft volgend
arrest gewezen :

Inzake:

2004 AR 1610

- de STEDENBOUWKUNDIG INSPECTEUR VAN HET VLAAMSE
GEWEST, bevoegd voor het grondgebied van de provincie
, met diensten gevestigd te

APPELLANT;

- tegen een vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Tongeren de
dato 21 april 2004;
- vertegenwoordigd door Mr. , advocaat te

tegen :

- en zijn echtgenote
- , beiden wonende te

GEINTIMEERDEN

- beiden vertegenwoordigd door Mr. , advocaat te

Het Bestuur voor Ruimtelijke Ordening verleende evenwel op 14 juni 1991 volgend negatief advies aan het College van Burgemeester en Schepenen van :

"[...]Het betreft een woongebied waarvan de toekomstige uitbouw nog niet werd vastgelegd (BPA of structuurplan); het verder bebouwen met dergelijke grootschalige gebouwen in de voorgestelde bestemming van dit gebied, kan momenteel niet worden toegelaten.

Het perceel heeft zijn maximale bezettingsgraad verkregen door de bestaande constructies.

Daarenboven dient gewezen op de onvoldoende ontsluitingsmogelijkheid van verkeer van het gebied (servitude van ongeveer 1,80m breed) en de hinder voor de omgeving.

De voorgestelde manège kan derhalve uit stedenbouwkundig oogpunt niet toegelaten worden."

1.4.- Op 6 januari 1993 werd door ; technisch adjunct van de afdeling ROHM i, beëdigd en handelend krachtens de delegatie hem verleend bij Ministerieel Besluit van 17 mei 1971, mondeling de staking bevolen van volgende zonder voorafgaande en uitdrukkelijke vergunning vanwege het College van Burgemeester en Schepenen van uitgevoerde bouwwerken:

"het deels slopen van een bestaande stalling-bergplaats en het oprichten van een manège in afmetingen van +/- 48 x 17m. Deze nieuwe constructie bestaat uit metalen I-profielen en dakspanten; de dakbedekking uit eterniete golfplaten (grijs gekleurd). De constructie is ingeplant op +/- 1,5m tov. de aanliggende verharde servitude. Deze vervangingsbouw is tevens tegenstrijdig ingeplant opzichts de verstrekte bouwvergunning dd. 22.3.1982.

Kwestieuze werken worden uitgevoerd op een terrein dat behoort tot het landelijk woongebied."

Proces-verbaal van vaststelling en stillegging werd dan ook opgesteld onder het nummer PV nr.

1.5.- Bij brief van 26 april 1993 aan het College van Burgemeester en Schepenen van _____ gaven geïntimeerden toe dat zij in gebreke bleven om een volledig bouwdoosier in te dienen. Zij wezen er evenwel op dat de opgerichte manègeloods slechts een vervollediging is van de vroegere vergunning, die geen verhoging van de hinder veroorzaakt, en dat het esthetisch uitzicht geen probleem kan vormen. Zij drongen dan ook aan op een regularisatie van hun dossier.

Het College van Burgemeester en Schepenen van _____ besliste echter in zitting van 2 maart 1994 dat het uitvoeren van aanpassingswerken als herstelmaatregel technisch onuitvoerbaar is. Het stelde wel vast dat de nieuwbouw die is opgericht duidelijk een verbetering van de bestaande toestand is.

Het College stelde alsdan voor om eventueel, indien er geen andere oplossing mogelijk is, de meerwaarde te vorderen.

1.6.- Op 2 juli 1996 wordt door de afdeling ROHM _____ een vordering tot herstel opgesteld met volgende redengeving:

[...] Overwegende dat betrokkene pertinent weigert een volledig regularisatiedossier over te leggen; dat de constructie niet conform de vergunning werd opgericht/ingeplant; dat andere materialen werden gebruikt; dat de groenbeplanting niet werd voltooid.

[...]

Overwegende dat deze grote constructie aldaar stoort ten opzichte van de omgeving met een landelijk karakter zodat een disharmonie gecreëerd wordt;

Overwegende dat ik niet kan instemmen met de door het college van burgemeester en schepenen voorgestelde herstelmaatregel;

Overwegende derhalve dat er een inbreuk is gepleegd op de stedenbouwkundige voorschriften;

Overwegende dat zulke inbreuken dienen te worden beteugeld;

Overwegende dat artikel 64 en artikel 65 strafbepalingen inhouden ter beteugeling van zulke inbreuken;

Om al deze redenen behage het mij de toepassing te vragen van artikel 65 § 1 a, dit wil zeggen, herstel van de plaats in de oorspronkelijke vergunde staat.[...]"

1.7.- De afdeling ROHM nam op 20 maart 2001 kennis van het feit dat de strafzaak om opportuniteitsredenen zonder gevolg werd geklasseerd.

Op 15 oktober 2001 werd door
hoofdmedewerker van de afdeling ROHM , beëdigd en handelend krachtens de delegatie hem verleend bij besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 1996, vastgesteld dat geïntimeerden wederrechtelijke bouwwerken hebben uitgevoerd, bestaande uit de oprichting van een manège tegenstrijdig met vergunde plannen en oprichten van paardenstallen en aanleggen van terreinverhardingen.

Proces-verbaal van vaststelling werd dan ook opgesteld onder het nummer PV nr.

1.8.- Op 3 december 2001 wordt door de afdeling ROHM een nieuwe vordering tot herstel opgesteld, waarbij overeenkomstig artikel 151 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, het herstel van de plaats in de oorspronkelijke staat wordt voorgesteld, hetgeen de afbraak van alle constructies met inbegrip van de vloerplaten en de verwijdering van elke vorm van terreinverharding impliceert. Deze vordering is als volgt gemotiveerd:

"[...] Gelet op de herstelmaatregel van het college van burgemeester en schepenen van 7 maart 1994, zijnde de toepassing van het meerwaardeprincipe;

Overwegende dat dit zou inhouden dat de constructies aldaar in de huidige staat kunnen gedoogd worden;

Overwegende dat artikel 6 van het inrichtingsbesluit stelt dat een woongebied met landelijk karakter bestemd is voor woningbouw in het algemeen en tevens voor landbouwbedrijven voor zover de constructie verenigbaar is met de onmiddellijke omgeving;

Overwegende dat naar aanleiding van de principesaanvraag in 1991 door de administratie reeds duidelijk werd gesteld dat het verder bebouwen met dergelijke grootschalige gebouwen in de voorgestelde bestemming van dit gebied niet kan worden toegelaten; dat het perceel immers zijn maximale bezettingsgraad heeft gekregen door de bestaande constructies; dat daarenboven dient gewezen op de onvoldoende ontsluitingsmogelijkheid van verkeer van het gebied en de hinder voor de omgeving;

Overwegende dat de bouwheer deze adviezen langs zich neer heeft gelegd, in die in dat de werken toch werden uitgevoerd;

Overwegende dat betrokkene pertinent weigert een volledig regularisatiedossier over te leggen; dat de constructie niet conform de vergunning van 22 maart 1982 werd opgericht noch ingeplant; dat andere materialen werden gebruikt dan toegestaan; dat de constructie nadien nog is uitgebreid zonder de nodige stedenbouwkundige vergunning;

Overwegende dat deze uitbreiding evenmin kan worden toegestaan, en dit gelet op de beperkingen gesteld in de principesaanvraag;

Overwegende derhalve dat niet kan ingestemd worden met de herstelmaatregel geformuleerd door college van burgemeester en schepenen; dat de toepassing van het meerwaardeprincipe immers inhoudt dat het geheel kan getolereerd worden, en dit ondanks de beperkingen gesteld in de principesaanvraag;

Overwegende dat in deze geopteerd wordt voor het herstel van de plaats in de oorspronkelijke staat;

Overwegende dat zulke inbreuken dienen te worden tegengegaan;

[...]"

1.9.- Bij dagvaarding betekend op 19 februari 2002 vordert de STEDENBOUWKUNDIG INSPECTEUR VOOR HET VLAAMS GEWEST, appellant, de solidaire veroordeling van geïntimeerden tot herstel van de plaats in zijn oorspronkelijke toestand binnen de zes maanden na betekening van het vonnis, meer bepaald tot afbraak van alle wederrechtelijke constructies met inbegrip van de vloerplaten en de verwijdering van elke vorm van terreinverharding in stand gehouden op hun eigendom te

te weten:

- een manège tegenstrijdig met de vergunde plannen van 22 maart 1982,
- paardenstallen (boxen) achter de manège in tegen aanbouw langsheen de naastliggende servitude,
- terreinverhardingen,

dit alles op straffe van betaling van een dwangsom van 125,00 EUR per dag bij niet-uitvoering van het vonnis binnen de gestelde termijn, alsook tot veroordeling tot betaling van alle gerechtskosten, inbegrepen de dagvaardingskosten, kosten van overschrijving van de dagvaarding ten kantore van de hypotheekbewaarder, expeditiekosten, kosten van overschrijving van het vonnis ten kantore van de hypotheekbewaarder, betekeningkosten en eventuele invorderingskosten.

1.10.- Het bestreden vonnis uitgesproken op 21 april 2004 oordeelt vooreerst dat het argument van de rechtsverwerking geen steek houdt, gezien het in stand houden van de wederrechtelijk opgerichte constructies een actueel misdrijf uitmaakt. De gevorderde sanctie van afbraak maakt echter een onaangepaste en te strenge (onbillijke) herstelmaatregel uit voor de bouwovertreiding bestaande uit het oprichten en in stand houden van een (deels vergunde) manège en paardenstallen in een woongebied met landelijk karakter. Het betalen van een meerwaarde vormt volgens de eerste rechter een meer aangepaste maatregel. Het behoort dergelijke herstelmaatregel in de huidige stand van de wetgeving zelfs ambtshalve en ultra petita te bevelen. Het bedrag van een meerwaarde doet immers de gevolgen van een dergelijke wetovertreiding teniet. De rechtbank bepaalt op soevereine wijze het bedrag van de meerwaarde en is niet gebonden door de eigen raming van het bestuur. Het komt dan ook gepast voor een deskundigenonderzoek te bevelen. Het opleggen van een meerwaarde aan geïntimeerden maakt een gepaste en kennelijk redelijke sanctie uit, rekening met de aard en omvang van de vastgestelde, in se niet betwiste bouwovertreiding(en). Architect wordt dienvolgens als deskundige aangesteld met als opdracht de ingevolge oprichting en in stand houden van wederrechtelijke bouwsels ontstane meerwaarde te ramen in verhouding tot het vergunde deel van het gebouw of gebouwen en de grondslagen van deze schatting vast te leggen.

1.11.- Tegen dit vonnis heeft appellant hoger beroep ingesteld bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van dit Hof op 4 juni 2004.

1.12.- In dit verzoekschrift en in zijn op 9 november 2004 neergelegde beroepsconclusie werpt appellant vooreerst op dat het niet aan de rechter staat de opportuniteit van de vordering van de stedenbouwkundig ingenieur te beoordelen. Het komt aan de rechterlijke macht toe enkel na te gaan of de herstellvordering van de stedenbouwkundig inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. De rechterlijke macht beschikt ook niet over de nodige bekwaamheden om de facto te kunnen nagaan welke herstelmaatregel de meest geschikte is om een einde te stellen aan het bouw misdrijf, rekening houdend met het gegeven dat de beslissing enkel en alleen mag zijn ingegeven met motieven die verband houden met de ruimtelijke ordening. In casu heeft de eerste rechter zich in de plaats gesteld van de vorderende overheid en heeft hij zich op het terrein van de opportuniteit begeven, zonder de vordering te motiveren vanuit de goede ruimtelijke ordening, door een maatregel (de meerwaarde) te vorderen in plaats en in weerwil van hetgeen de bevoegde stedenbouwkundige inspecteur heeft beslist. Het bestreden vonnis vormt dan ook een schending van bevoegdheid. De overheid beschikt over een keuzemogelijkheid bij het opstellen van haar herstellvordering, hetzij het herstel in de oorspronkelijke staat hetzij de betaling van een meerwaarde. Wanneer de overheid haar keuze heeft gemaakt en een vordering heeft ingesteld, kan de rechterlijke macht deze vorderingen slechts marginaal op hun interne wettigheid toetsen, doch geenszins de opportuniteit ervan beoordelen. De herstellvordering dient te worden beoordeeld op grond van de regelgeving die de door het Arbitragehof ongrondwettig bevonden wijziging van artikelen 146 en 149 DORO voorafging, hetzij op grond van deze wetsartikelen zoals ingevoerd door het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening. Het misdrijf van instandhouding, zoals omschreven in art. 146, 1^{ste} lid, blijft onverkort strafbaar en er is geen voorafgaand advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid vereist. De meerwaarde kan niet worden gevorderd bij

herhaling van een misdrijf, strafbaar gesteld in het decreet ruimtelijke ordening, bij het niet naleven van een bevel tot staking, indien het misdrijf onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder veroorzaakt voor de burens en indien het misdrijf een ernstige inbreuk is op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg. Appellant wijst er nog op dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid nog niet is opgericht, zodat geen rekening kan worden gehouden met een bepaling die nog niet in werking is getreden. Appellant besluit derhalve tot de gegrondheid van het hoger beroep, de ongegrondheid van het door geïntimeerden ingestelde incidenteel beroep, en dienvolgens de volledige toewijzing van de oorspronkelijke vordering.

Appellant heeft nog op 20 juni 2005 ter griffie een conclusie (aangepast met actuele regelgeving en rechtspraak) neergelegd. Ter terechtzitting van 21 juni 2005 heeft de raadsman van appellant evenwel verklaard deze conclusie niet verder te handhaven.

1.13.- Geïntimeerden stellen in hun beroepsbesluiten neergelegd op 28 oktober 2004 incidenteel beroep in in zoverre de vordering ontvankelijk werd verklaard, nu geen advies overeenkomstig artikel 149 DORO werd gevraagd aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid. Zij voeren verder aan dat de eigenaar zelf kan vragen het herstelmiddel van de meerwaarde toe te passen wanneer hij bewijst dat de inbreuken gepleegd zijn vóór 1 mei 2000 en dat de rechtbank daar steeds kan op ingaan. De eerste rechter heeft terecht impliciet geoordeeld lat de oprichting en instandhouding van een manège (deels vergund) en paardenstallen in een woongebied met landelijk karakter niet in strijd is met de ruimtelijke ordening en ook niet onverenigbaar is met de onmiddellijke omgeving en duidelijk geoordeeld dat de sanctie van het herstel in de oorspronkelijke toestand niet in verhouding staat tot de ernst van de overtreding. Er is niet vastgesteld dat het misdrijf onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder veroorzaakt voor de omwonenden. Er zijn immers nooit klachten van omwonenden gekomen. Het is ook niet aangetoond dat het misdrijf een zwaarwichtige en onherstelbare inbreuk vormt op essentiële stedenbouwkundige

voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg, nu een manège met paardenstallen toegelaten zijn in het gebied waarin de opgerichte constructies zich bevinden. De herstelmaatregel zoals gevorderd door appellant is niet in evenwicht met de vastgestelde overtreding. In de processen-verbaal waarop appellant zich steunt is alleen sprake van het feit dat het gebouw dat werd opgetrokken iets groter is dan oorspronkelijk vergund en in andere materialen werd opgetrokken en op een geringere afstand van de perceelsgrens, gelegen naast een servitudeweg, is opgetrokken dan oorspronkelijk gepland. Het gebouw is dus niet zonevreemd. Er wordt ook niet van hinder gesproken. Er zijn geen klachten van omwonenden. Toen voor het eerst een proces-verbaal in 1994 werd opgesteld, stelde appellant zelfs dat de uitgevoerde werken niet van die aard waren dat ze het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand noodzakelijk maakten. Het College van Burgemeester en Schepenen stelde toen reeds voor het principe van de meerwaarde tot te passen. Bovendien, kunnen geïntimeerden niet meer worden gestraft tenzij de werken zouden zijn uitgevoerd in ruimtelijk kwetsbare gebieden. De werken werden in casu niet uitgevoerd in een ruimtelijk kwetsbaar gebied en ter plaatse geldt nog geen ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg. Er wordt ook niet aangetoond dat de werken onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder zouden veroorzaken. Tenslotte zouden volgens geïntimeerden de "werken", die reeds vóór 1993 werden uitgevoerd, verjaard zijn. Ondergeschied menen geïntimeerden dat de toegepaste herstelmaatregelen van de meerwaarde passend is en meer ondergeschikt dat het doen afbreken van het gebouw in de huidige stand van zaken hen een onherstelbaar nadeel zou veroorzaken dat misschien in strijd zal zijn met de mogelijkheden die geboden worden kaderend in het toekomstige structuurplan . Geïntimeerden besluiten derhalve tot de ongegrondheid van het hoger beroep en de gegrondheid van het incidenteel beroep, en dienvolgens tot de niet-ontvankelijkheid minstens ongegrondheid van de oorspronkelijke vordering.

2. Ten aanzien van het recht:

2.1.- Overwegende dat de conclusietermijnen bij toepassing van artikel 747, § 2, Ger.W. werden vastgesteld bij beschikking gewezen op 28 september 2004; Dat hieruit blijkt dat de eerste en tevens laatste conclusie voor appellant uiterlijk op 31 december 2004 ter griffie diende te worden neergelegd; Dat appellant zijn beroepsconclusie tijdig op 9 november 2004 ter griffie heeft neergelegd; Dat appellant evenwel nog een tweede conclusie op 20 juni 2005 ter griffie heeft neergelegd; Dat geïntimeerden ter terechtzitting van 21 juni 2005 de wering uit de debatten van deze tweede conclusie hebben gevraagd; Dat appellant alsdan heeft verklaard deze tweede conclusie niet te handhaven; Dat deze tweede conclusie derhalve bij toepassing van artikel 747, § 2, zesde lid, Ger.W. uit de debatten moet worden geweerd;

2.2.- Overwegende dat geïntimeerden de werkelijkheid van de vastgestelde bouwvertredingen niet betwisten;

Overwegende dat het in stand houden van onwettig opgerichte bouwwerken een voortdurend misdrijf is zodat de verjaring van de strafvordering geen aanvang neemt zolang aan de toestand die is ontstaan door de onwettig uitgevoerde werken geen einde wordt gesteld door een herstel in de oorspronkelijke toestand of door het verkrijgen van een regelmatige vergunning (Cass., A.R. , 13 mei 2003, www.cass.be); Dat de herstelmaatregel inzake stedenbouw die weliswaar tot de strafvordering behoort en wordt opgelegd, hetzij door de strafrechter bij de uitspraak over de strafvordering of in een latere afzonderlijke beslissing, hetzij door de burgerlijke rechter, niettemin een burgerlijk karakter heeft daar hij in werkelijkheid een bijzondere vorm van teruggave beoogt (Cass., A.R. , 9 september 2004, www.cass.be); Dat de vordering van de stedenbouwkundige inspecteur tot herstel in de vorige toestand derhalve een maatregel van burgerlijke aard is die tot de

strafvordering behoort, zodat deze vordering, overeenkomstig artikel 26 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, niet verjaart vóór de strafvordering; Dat tot op heden geen einde is gesteld aan de onwettig uitgevoerde werken en evenmin een regelmatige vergunning hiervoor is verkregen, zodat de herstelvordering op heden niet verjaard is noch kan zijn;

2.3.- Overwegende dat krachtens het nieuwe artikel 149, § 1, eerste lid, laatste zin, van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening herstelvorderingen voor inbreuken die dateren van vóór 1 mei 2000 voortaan een eensluitend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid moeten krijgen;

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

Overwegende dat luidens artikel 198bis DORO, zoals ingevoegd bij artikel 14 van het decreet van het Vlaamse Gewest van 4 juni 2003, de bepalingen met betrekking tot het eensluitend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, zoals bedoeld in artikel 149, § 1, en artikel 153, pas in werking treden nadat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is opgericht en het huishoudelijke reglement is goedgekeurd; Dat de regels voor de organisatie en de werkwijze van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid

inmiddels bij besluit van de Vlaamse Regering van 23 april 2004 (*B.S.*, 24 mei 2004), doch de voorzitter, de leden en de secretaris vooralsnog niet werden aangesteld en het huishoudelijk reglement niet is goedgekeurd; Dat geïntimeerden zich dan ook verkeerdelijk op de bepalingen van het nieuw artikel 149, § 1, eerste lid, laatste zin, DORO beroepen om tot de niet-ontvankelijkheid van de herstellvordering te besluiten;

2.4.- Overwegende dat, zoals hoger reeds aangenomen, de bepaling van artikel 149, § 1, DORO ook na de arresten van het Arbitragehof van 22 juli 2004 en 19 januari 2005 in stand blijft en hierin enkel abstractie dient te worden gemaakt van de woorden "*vóór 1 mei 2000*";

Overwegende dat artikel 149, § 1, eerste lid, Stedenbouwdecreet 1999, zoals gewijzigd, bepaalt: "*Naast de straf kan de rechtbank bevelen de plaats in de oorspronkelijke toestand te herstellen of het strijdige gebruik te staken, en/of bouw- of aanpassingswerken uit te voeren en/of een geldsom te betalen gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen (...)*";

Overwegende dat deze bepaling moet worden gelezen in de context van artikel 159 Grondwet, krachtens hetwelk de hoven en rechtbanken geen gevolg geven aan de bestuurshandelingen die niet met de wetten overeenstemmen; Dat krachtens die laatste bepaling, het tot de bevoegdheid van de rechter behoort om de vordering bedoeld in artikel 149 Stedenbouwdecreet op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel of ze op machtsoverschrijding of machtsafwending berust; Dat meer bepaald de rechter moet nagaan of de beslissing van het bevoegde bestuur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen; Dat mocht blijken dat de vordering van de overheid steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, de rechter deze vordering zonder gevolg moet laten; Dat het hem evenwel niet behoort de opportuniteit van de gevorderde

maatregel te beoordelen (Cass., 15 juni 2004, *R.W.*, 2004-05, 1613-1617, met conclusie advocaat-generaal *;*

Overwegende dat een bestuurshandeling kennelijk onredelijk is indien geen redelijk denkend bestuur tot die beslissing kon komen (J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaatrecht", *T.P.R.*, 1977, 209); Dat de rechter niet zelf de redelijke herstelmaatregel dient te bepalen; Dat hij alleen moet beoordelen of het bestuur in redelijkheid is kunnen komen tot de beslissing een bepaalde wijze van herstel te vorderen; Dat de rechter rekening houdend met de beleids- en beoordelingsvrijheid van het bestuur die beslissing slechts marginaal kan toetsen; Dat aldus moet worden afgewogen of geen andere herstelmaatregel noodzakelijk is, dit onder meer op grond van de aard van de overtreding, de omvang en de aantasting van de goede ruimtelijke ordening en het voordeel dat voor de ruimtelijke ordening ontstaat door het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand tegenover de last die daaruit voor de overtreder ontstaat (Cass., A.R. *,* 4 februari 2003, www.cass.be); Dat het evenredigheidsbeginsel, dat een meer precieze omschrijving inhoudt van het redelijkheidbeginsel, het beginsel dat de titularis van een bevoegdheid, in casu het bestuur, die bevoegdheid naar redelijkheid moet uitoefenen, die eis van redelijkheid in gevallen van conflicterende belangen concretiseert; Dat het bijgevolg geoorloofd, en zelfs noodzakelijk, is bij de beoordeling van de redelijkheid van de gevorderde herstelmaatregel over te gaan tot de evenredigheidstest; Dat de rechter aldus ook moet oordelen of het gevorderde herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand voor de overtreder niet disproportioneel bezwarend is (conclusie advocaat-generaal *;* (sub nr. 8) voor Cass., A.R. *,* 15 juni 2004, www.cass.be);

Overwegende dat door het Hof dient te worden vastgesteld dat het bestuur binnen zijn beoordelingsmarge heeft geopteerd voor het vorderen van een herstelmaatregel bestaande in het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand en niet voor de minder bezwarende maatregel bestaande in het opleggen van de betaling van een meerwaardesom; Dat uit de gegevens, zoals deze blijken uit de door partijen voorgelegde

dossiers, moet worden geconstateerd dat de werken niet werden uitgevoerd in ruimtelijk kwetsbaar gebied, dat er geen klachten zijn van omwonenden, en dat het Schepencollege van zelf aan het Bestuur Ruimtelijke Ordening bij brief van 7 maart 1994 heeft geadviseerd dat het uitvoeren van aanpassingswerken als herstelmaatregel technisch onuitvoerbaar is en dat de nieuwbouw die is opgericht duidelijk een verbetering van de bestaande toestand is; Dat het Schepencollege dan ook heeft voorgesteld de meerwaarde als herstelmaatregel te vorderen; Dat enkel ten overvloede mag worden opgemerkt dat, indien zou mogen worden aangenomen dat er enige reële stedenbouwkundige hinder zou bestaan, het alsdan verwonderlijk is dat het bestuur 10 jaar heeft gewacht alvorens een herstellvordering daadwerkelijk in te stellen; Dat dergelijk beleid, zowel ten aanzien van de overtreder, die erop mag rekenen binnen redelijke termijn uitsluitel te krijgen over de aard van de sanctie, als tegenover de burger die van het bestuur een kordaat optreden ingeval van al dan niet ernstige aantasting van de ruimtelijke ordening mag verwachten, als onbehoorlijk en onaanvaardbaar moet worden beschouwd; Dat deze gegevens samen beschouwd meebrengen dat de herstellvordering kennelijk onredelijk moet worden bestempeld; Dat zij meebrengen dat het voordeel voor de goede ruimtelijke ordening door het herstel geenszins opweegt tegen de last die daaruit voor geïntimeerden voortvloeit; Dat de opportuniteit van de herstellvordering hiermee niet wordt beoordeeld, maar de vordering op haar wettigheid wordt getoetst waarbij wordt vastgesteld dat de gevorderde maatregel in de vorige staat in geen geval is te verantwoorden door de vereisten van een goede ruimtelijke ordening;

2.5.- Overwegende dat het niet aan de rechter staat zich in de plaats te stellen van de bestuurlijke overheid voor de eventuele keuze van een andere herstelmaatregel dan het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand; Dat de vraag of de rechter zelf een herstelmaatregel kan opleggen nadat hij de vordering van het bestuur als kennelijk onredelijk heeft afgewezen dan ook, voortgaande op de bewoordingen van artikel 149 DORO, ontkennend moet worden beantwoord; Dat de rechtbank weliswaar één van de drie herstelmaatregelen kan bevelen maar, aldus de

tweede zin van het eerste lid, "dit gebeurt op vordering van de stedenbouwkundig inspecteur of van het college van burgemeester en schepenen (...)"; Dat die vordering evenwel niet in het algemeen is gericht op "herstel" op welke wijze ook, maar één van de drie herstelmaatregelen tot voorwerp heeft; Dat indien die ingestelde vordering onwettig wordt bevonden, geen vordering tot herstel meer aanhangig is, tenzij wanneer het bestuur in ondergeschikte orde een andere herstelmaatregel zou hebben gevorderd of wanneer de rechter het bestuur daartoe zou hebben uitgenodigd (zie conclusie advocaat-generaal (sub nr. 12) voor Cass, A.R. , 15 juni 2004, www.cass.be; *Parl. St. VI. Parl.*, 2002-03, nr. 1566/7, p. 15-16);

Overwegende dat het Hof dient vast te stellen dat appellant uitsluitend het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand vordert en geen andere herstelmaatregel, al is het in ondergeschikte orde, vordert; Dat het bestreden vonnis derhalve niet wettig heeft kunnen oordelen een andere herstelmaatregel toe te passen na de herstellvordering als onrechtmatig te hebben afgewezen;

OM DEZE REDENEN,

HET HOF,

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

Recht doende op tegenspraak;

Weert de conclusie ter griffie neergelegd door appellant op 20 juni 2005 uit de debatten en het beraad;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond;

Verklaart het incidenteel beroep ontvankelijk en als volgt gegrond;

Doet het bestreden vonnis teniet, en opnieuw recht doende,

Verklaart de vordering ontvankelijk, doch ongegrond;

Wijst appellant ervan af en veroordeelt hem tot de kosten van beide aanleggen, begroot aan de zijde van geïntimeerden op honderd vierenzeventig euro en vijfenzeventig cent (174,75 EUR) voor rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg en tweehonderd drieëndertig euro en drie cent (233,03 EUR) voor rechtsplegingsvergoeding hoger beroep;

Aldus gedaan en uitgesproken in openbare terechtzitting van :

20 SEPTEMBER 2005

waar aanwezig waren :

, alleenzetelend Raadsheer
Griffier