

Hof van beroep
te Gent

9^e kamer

terechtzitting
van
26-09-2008

overgeschreven
in het 1ste
hypotheekkantoor
te Brugge
op 22 november 2004
81-t-22/11/2004-
14808

tussenarrest

BR

art. 198bis, 2^{de} lid
van het decreet
van 18 mei 1999

AFSCHRIJF
1.002
K. Wetboek
Gereguleerd
1.250 2^e H.W.B.

2007/AR/24

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 te 8000
Brugge, Werkhuisstraat 9,
woont kiezende op het kantoor van zijn raadsman

appellant,

hebbende als raadsman mr.

advocaat te

tegen:

wonende te

geïntimeerde,

hebbende als raadsman mr. , advocaat te

velt het Hof het volgend arrest:

1.

Het hof nam kennis van het bestreden vonnis d.d. 13 december 2005, op tegenspraak ~~gewezen~~ door de 1ste kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge in de zaak, aldaar gekend onder A.R. 04/3558/A.

Het hof heeft de partijen, bij monde van hun raadslieden, gehoord in openbare terechtzitting en in het Nederlands.

Zowel de door hen neergelegde conclusies als de overgelegde stukken werden ingezien.

2.

De te beslechten betwisting betreft de oprichting en instandhouding door de geïntimeerde van een verandaconstructie gelegen op de technische verdieping van het appartementsgebouw (*genaamd residentie*) gelegen te , kadastraal gekend te en dit als uitbreiding van het appartement op de 6^e verdieping, eigendom van de geïntimeerde.

Voormelde eigendom is gelegen in woongebied, zoals vastgesteld door het gewestplan bij K.B. van 7 april 1977. Het gebouw is gelegen binnen de grenzen van een goedgekeurd

bijzonder plan van aanleg (*hierna afgekort B.P.A.*) m.n. het B.P.A.
' zoals goedgekeurd bij K.B. Van 27 september 1973.

Op 13 september 1991 werd voor de eigendom een bouwvergunning afgeleverd voor het bouwen van een appartementsgebouw (6 appartementen, een handelsgelijkvloers en 2 garages) na afbraak van de bestaande bebouwing.

Op 6 april 1994 werd door de e.a. werkcontroleur bij de Dienst Werken van de stad een proces-verbaal van vaststelling opgesteld lastens de geïntimeerde waarbij overtredingen werden vastgesteld op de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw (*hierna afgekort stedenbouwwet*) die als volgt werden beschreven:

"het niet navolgen van de goedgekeurde plannen van de bouwvergunning, afgeleverd aan de heer

dd. 13.9.1991:

- *technisch verdiep is vervangen door een verandakonstruktie, als uitbreiding van het appartement op de 6^e verdieping; ook de indeling van het appartement is gewijzigd;*
- *het schenden van een verordende akte: B.P.A. 28 - (K.B. 27.9.1973);*
- *strijdigheid met omzendbrief 41 dd. 5.8.1965 betreffende opbouwen op terrasdaken van gebouwen - technische bouwlaag: inplanting t.o.v. gevels is niet conform."*

De veranda zelf betreft een constructie van 12 m op 2,90 m.

Een kopie van voormeld proces-verbaal werd overgemaakt aan de procureur des Konings te Brugge, aan de (*toenmalige*) gemachtigde ambtenaar en aan de burgemeester van de stad

Bij brief van de stad d.d. 28 september 1994 werd aan de geïntimeerde medegedeeld dat de vastgestelde overtreding in der minne zou kunnen worden geregeld mits de (*toenmalige*) gemachtigde ambtenaar hiermee akkoord ging en mits enerzijds het indienen van een bouwaanvraag conform de werkelijke uitvoering en anderzijds de betaling van een boete van 10.000,- frank, thans 247,89 euro.

Het college van burgemeester en schepenen van de stad besliste op 16 december 1994 (*onder toepassing van art. 51 stedenbouwwet*) de alsdan door de geïntimeerde ingediende bouwaanvraag met gunstig advies over te maken aan de

(toenmalige) gemachtigde ambtenaar, hetgeen gebeurde middels schrijven d.d. 28 december 1994.

Hierop volgde op 2 februari 1995 evenwel een ongunstig advies van de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar, luidende als volgt:

*** ADVIES VAN DE GEMACHTIGDE AMBTENAAR**

in toepassing van artikel 51 van de wet van 29.03.1962, houdende organisatie van de Ruimtelijke Ordening en van de Stedebouw, haar latere wijzigingen bij wetten en decreten en diverse uitvoeringsbesluiten;

Gelet op de aanvraag gelegen te _____, ingediend door _____

Gelet op het met redenen omkleed voorstel dd. 16.12.1994 van het College van Burgemeester en Schepenen;

Overwegende dat het voorstel niet bestaanbaar is met de bepalingen van hogervermeld art.;

Overwegende dat het voorstel afbrauk doet aan de ordening en de voorschriften voorzien in het Bijzonder Plan van Aanleg _____ goedgekeurd bij K.B./B.V.E. van 27.9.1973, overwegende dat omzendbrief 41 dd. 5.8.1965 inderdaad kan ingeroepen worden voor het opbouwen van een technische bouwlaag bovenop de in het BPA voorziene aantal bouwlagen;

Overwegende dat eveneens dient verwezen worden naar omzendbrief 41 bis dd. 6 maart 1967 waar de achteruitbouwlijnen van dergelijke technische verdiepingen worden bepaald op 4 m achter de voorgevelmuur en ten minste 3 m uit de achterbouwlijn;

Overwegende dat geen constructies toegelaten worden in deze voorbouwstroken, die de woon- en leefruimte vergroten;

Gelet dat het voorstel een regularisatieaanvraag betreft van een in overtreding uitgevoerd dakappartement in relatie tot de onderliggende bouwlaag 7^{de} bouwlaag); dat een soort veranda is opgericht in de bouwvrije strook van 4 m, meer bepaald tot op 1,88 m vanaf de voorgevelmuur over een lengte van 12 m;

Overwegende dat overtredingen op de bepalingen van de omzendbrief niet worden geregulariseerd, maar daarentegen wel resulteren in herstelmaatregelen zoals voorzien in artikel 65 §1 van de wet op de stedebouw;

Besluit: ONGUNSTIG."

Dit ongunstig advies werd door de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar overgemaakt aan het college van burgemeester en schepenen van de stad _____ bij brief d.d. 2 februari 1995 met verzoek een herstelmaatregel voor te stellen zoals voorzien in art. 65§1 stedebouwwet.

Het college van burgemeester en schepenen van de stad besliste alsdan in de zitting van 24 februari 1995 de bouwvergunning (*regularisatievergunning*) te weigeren.

Bij afzonderlijke beslissing werd op dezelfde zitting besloten dat aan het parket van de procureur des Konings te Brugge zou worden verzocht om het betalen van de meerwaarde als herstelmaatregel te vorderen.

Kopie van het proces-verbaal van deze zitting werd overgemaakt bij brief d.d. 6 maart 1995 aan de procureur des Konings te Brugge (*met verzoek de gerechtelijke procedure in te stellen*) en aan de (*toenmalige*) gemachtigde ambtenaar.

Na door de procureur des Konings te Brugge bij brief d.d. 24 september 1996 aangezocht te zijn om zijn standpunt te laten kennen omtrent de door de stad Brugge gevorderde meerwaarde, verzocht de (*toenmalige*) gemachtigde ambtenaar middels schrijven d.d. 17 januari 1997 aan de stad om een principieel gemotiveerd meerwaardebesluit te willen voorstellen.

Na een aantal herinneringsbrieven liet de stad bij brief d.d. 1 augustus 1997 weten als voorstel tot meerwaarde een bedrag van 915.000,- frank, thans 22.682,26 euro, voorop te stellen (*gebaseerd op het schattingsverslag van een landmeter-expert*) met verzoek aan de (*toenmalige*) gemachtigde ambtenaar om dit voorstel tot vordering van herstel te ondertekenen en over te maken aan het parket van de procureur des Konings.

Meer dan een jaar later, m.n. bij brief d.d. 17 september 1998, verzocht de (*toenmalige*) gemachtigde ambtenaar aan het college van burgemeester en schepenen van de stad evenwel haar akkoord om in toepassing van art. 68 §1b van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd, als herstelmaatregel de uitvoering van aanpassingswerken te vorderen bestaande uit het realiseren van een achteruitbouwstrook van 4 m ten opzichte van de conform de omzendbrief 41bis van 6 maart 1976.

De bij deze brief gevoegde herstellvordering werd als volgt gemotiveerd:

**De overtreding is gelegen in het woongebied volgens het gewestplan (KB 7.4.1977).*

folio nr. 1812

Overwegende dat het voorstel afbreuk doet aan de ordening en de voorschriften voorzien in het Bijzonder Plan van Aanleg, goedgekeurd bij K.B./B.V.E. van 27.9.1973, overwegende dat omzendbrief 41 dd. 5.8.1965 inderdaad kan ingeroepen worden voor het opbouwen van een technische bovenlaag bovenop de in het BPA voorziene aantal bouwlagen.

Overwegende dat eveneens dient verwezen naar omzendbrief 41 bis dd. 6 maart 1976 waar de achteruitbouwlijn van dergelijke technische verdiepingen wordt bepaald op 4 m achter de voorgevelmuur en ten minste 3 m uit de achterbouwlijn.

Overwegende dat geen constructies toegelaten worden in deze voorbouwstraken, die de woon- en leefruimte vergroten."

Het college van burgemeester en schepenen van de stad verzocht hieromtrent alsdan bij brief d.d. 28 september 1998 om nadere uitleg, waarna de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar bij schrijven d.d. 30 november 1998 meldde dat het voorstel tot aanpassingswerken in de plaats kwam van het meerwaardevoorstel van het college van burgemeester en schepenen.

Op 14 januari 1999 stuurde het college van burgemeester en schepenen van de stad haar akkoord op met de door de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar gevorderde herstelmaatregel.

De geïntimeerde werd alsdan in kennis gesteld van deze herstellenvordering door de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar bij aangetekende brief d.d. 22 januari 1999, met verzoek om binnen de 3 maanden de aanpassingswerken uit te voeren.

Ook het parket van de procureur des Konings te Brugge werd in kennis gesteld van het akkoord tussen de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar en het college van burgemeester en schepenen van de stad.

Klaarblijkelijk kon het aangetekend schrijven d.d. 22 januari 1999 evenwel pas op 27 juli 1999 via tussenkomst van de politie besteld worden aan de geïntimeerde.

Op 17 augustus 1999 verzocht de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar aan het college van burgemeester en schepenen van de stad te willen nagaan of de gevraagde aanpassingswerken daadwerkelijk werden uitgevoerd conform het akkoord.

Middels schrijven d.d. 5 januari 2000 liet de stad evenwel weten dat de geïntimeerde de juridische dienst van het kabinet

van de minister van ruimtelijke ordening zou hebben geraadpleegd en werd aan de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur gevraagd hen op de hoogte te willen stellen van de verdere evolutie in dit dossier.

Hieraan werd herinnerd bij brief d.d. 28 juli 2000 en bij brief d.d. 27 februari 2001 en bij brief d.d. 14 december 2001 liet de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur aan het college van burgemeester en schepenen van de stad weten dat er van enige vraag aan het kabinet van de minister van ruimtelijke ordening of van enig antwoord van dit kabinet aan zijn diensten niets gekend was en dat derhalve de strafrechtelijke vervolging diende verder gezet te worden.

Het college van burgemeester en schepenen van de stad verzocht alsdan bij brief d.d. 11 februari 2002 aan de procureur des Konings te Brugge om de gerechtelijke procedure verder te zetten.

Op 21 november 2002 maakte de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur zijn herstellvordering over aan de procureur des Konings te Brugge (met kopie aan de geïntimeerde en aan het college van burgemeester en schepenen van de stad).

Overeenkomstig art. 149 §1 D.R.O. werd de staking van het strijdig gebruik voorgesteld, hetgeen impliceert het afbreken van de wederrechtelijk opgerichte veranda en het verwijderen van het gesloopte materiaal van het terrein.

Dit werd als volgt gemotiveerd:

"Gelet op artikel 99 van het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening dat stelt dat niemand zonder voorafgaande stedenbouwkundige vergunning mag:

1° bouwen, op een grond één of meer vaste inrichtingen plaatsen, een bestaande vaste inrichting of bestaand bouwwerk afbreken, herbouwen, verbouwen of uitbreiden, met uitzondering van instandhoudings- of onderhoudswerken;

Gelet op het inrichtingsbesluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen:

Overwegend dat de bouwvertreding volgens gewestplan (KB 07/04/1977) gelegen is in een woongebied.

In deze zone gelden de stedenbouwkundige voorschriften van artikel 5.1.0. van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de

toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen. Deze voorschriften luiden als volgt:

Woongebieden zijn bestemd voor wonen, alsmede voor handel, dienstverlening, ambacht en kleinbedrijf voor zover deze taken van bedrijf om redenen van goede ruimtelijke ordening niet in een daartoe aangewezen gebied moeten worden afgezonderd, voor groene ruimten, voor sociaal-culturele inrichtingen, voor openbare nutsvoorzieningen, voor toeristische voorzieningen, voor agrarische bedrijven. Deze bedrijven, voorzieningen en inrichtingen mogen echter maar worden toegestaan voor zover ze verenigbaar zijn met de onmiddellijke omgeving.

De inbreuk ligt volgens het BPA
27/09/1973) in een woongebied.

(wijz. 1) (KB

Overwegende dat op 06/04/1994 een proces-verbaal werd opgesteld omdat werd vastgesteld dat een technisch verdiep van een appartementsgebouw werd uitgebreid met een veranda-constructie (12mx2,90m) in de bouwvrije strook.

Overwegende dat de inbreuk in strijd is met de op 13/09/1991 afgeleverde stedenbouwkundige vergunning voor het bouwen van een flatgebouw na het slopen van een bestaand gebouw.

Overwegende dat een regulariserende aanvraag op 2 februari 1995 ongunstig werd geadviseerd door de gemachtigde ambtenaar wegens o.a. strijdigheid met de voorschriften van hoger vermeld Bijzonder Plan van Aanleg.

Overwegende dat hieruit overduidelijk blijkt dat de inbreuk niet in aanmerking komt voor regularisatie.

Overwegende dat overtreder op alle mogelijk manieren geprobeerd heeft de vervolging van het misdrijf te belemmeren en te vertragen. Dat hij hiervoor o.a. bij brief van 5 november 1999 aan het college van burgemeester en schepenen van liet weten dat het kabinet van dhr. Minister bevoegd voor ruimtelijke ordening zou worden ingeschakeld teneinde alsnog tot herziening van de laatst geëiste herstelmaatregel, nl. het uitvoeren van aanpassingwerken, in het vorderen van een meerwaarde, over te gaan.

Overwegende dat het college hierop besliste het antwoord van dhr. Minister af te wachten.

Overwegende dat het niet aan het kabinet van dhr. Minister toekomt om de te vorderen herstelmaatregel te bepalen.

Overwegende dat de stedenbouwkundige inspecteur in dit dossier ook geen weet heeft van enige tussenkomst vanwege het kabinet.

Overwegende dat bij plaatsbezoek d.d. 21/12/2001 door de bouwcontroleur van de stad nogmaals werd vastgesteld dat de betreffende constructie nog niet werd verwijderd.

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

Overwegende dat zulke inbreuken dienen te worden beteugeld:

Overwegende dat artikel 148 en artikel 149 van het hierboven vermelde decreet strafbepalingen inhouden ter beteugeling van zulke inbreuken;

Om al deze reden vraag ik de onder rubriek III vermelde herstellvordering in toepassing van artikel 149 §1 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening."

Tevens vorderde de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur het opleggen van een dwangsom van 125,00 euro per dag, bij niet-uitvoering van het vonnis binnen de gestelde termijn.

Klaarblijkelijk had op 10 april 2003 een bespreking plaats tussen de geïntimeerde en de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur en in aansluiting hierbij maakte de geïntimeerde op 19 mei 2003 aan de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur volgende documenten over:

- een schrijven van schepenen van de stad d.d. 26 april 2003 waarin deze bevestigde dat:
 - het college van burgemeester en schepenen op 26 augustus 1994 op zijn voorstel als toenmalig schepenen van urbanisatie akkoord ging met een regularisatie mits akkoord van de (toenmalige) gemachtigde ambtenaar;
 - naar hij vaststelde de nodige aanpassingen door de brandweer als conform de beslissing zijn geattesteerd;
- het brandpreventieverslag van de brandweer te d.d. 30 april 2003.

Op 16 september 2003 berichtte het parket van de procureur des Konings te Brugge dat het dossier zonder gevolg werd geklasseerd om reden dat de redelijke termijn was overschreden, waarna de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur aan de het college van burgemeester en schepenen van de stad bij brief d.d. 23 september 2003 te kennen gaf:

"Gelet op de beslissing van het parket het dossier te klasseren, neem ik mij voor om geen verdere stappen meer te ondernemen in dit dossier.

Gaet op de ligging in het woongebied en gelet op de ligging binnen een BPA acht ik dan ook aangewezen dat uw bestuur als plaatselijk verantwoordelijke dit dossier verder opvolgt.

Gelieve mijn bestuur op de hoogte te brengen van het gevolg dat door uw college wordt gegeven aan dit dossier."

De geïntimeerde werd bij brief d.d. 23 september 2003 verwezen naar de stad voor een eventuele verdere afhandeling.

Klaarblijkelijk werd de stad alsdan op 29 april 2004 aangeschreven door de raadsman van de V.M.E. van de residentie i.v.m. de wederrechtelijk opgerichte veranda en bij brief d.d. 25 mei 2004 deelde de stad mede dat het college van burgemeester en schepenen in de zitting van 13 mei 2004 besloten had om de geïntimeerde niet te dagvaarden.

De raadsman van de V.M.E. van de residentie richtte zich alsdan middels schrijven d.d. 7 juni 2004 tot de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur die bij brief d.d. 10 augustus 2004 meldde dat hij het dossier zou overmaken aan de Bouwinspectie Brussel met de vraag of zijn dienst autonoom een burgerlijke procedure diende op te starten.

3.

De zaak werd voor de eerste rechter gebracht door de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur bij dagvaarding d.d. 18 november 2004 (*overgeschreven in het 1ste hypotheekkantoor te op 22 november 2004*).

De vordering van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur (*zoals geformuleerd in deze dagvaarding en aangepast in conclusies voor de eerste rechter*) strekte o.g.v. art. 151 juncto 149 § 1 D.R.O. tot:

- de veroordeling van de geïntimeerde tot het staken van het strijdige gebruik van de veranda in de bouwvrije strook boven op het appartementsgebouw, en tot herstel in de oorspronkelijke staat van het perceel, gelegen te kadastraal gekend, en meer bepaald:

- het afbreken van de wederrechtelijk opgerichte veranda;
- het verwijderen van het gesloopte materiaal van het terrein;

en dit alles binnen een termijn van 2 maanden te rekenen vanaf de betekening van het tussen te komen vonnis, zulks onder verbeurte van een dwangsom van 125,00 euro per dag vertraging, zonder toekenning van dwangsomtermijnen, zoals voorzien in art. 1385 bis, laatste lid Ger.W.;

- het bekomen van een machtiging om overeenkomstig art. 153 D.R.O. ambtshalve over te gaan tot afbraak van de bedoelde

bouwwerken zo de geïntimeerde in gebreke blijft en dit op diens kosten;

- het horen zeggen voor recht dat het verbeurd zijn van de dwangsommen zal kunnen worden bewezen door alle middelen van recht en dat het in ieder geval zal blijken uit de vaststellingen van de eerst daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder;
- de veroordeling van de geïntimeerde tot de kosten van het geding, zoals nader begroot aan zijn zijde;
- het uitvoerbaar bij voorraad verklaren van het tussen te komen vonnis.

Middels het bestreden vonnis d.d. 13 december 2005 werd de vordering van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur onontvankelijk verklaard wegens verjaring.

De gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur werd veroordeeld tot de kosten van het geding, nader begroot aan de zijde van de geïntimeerde.

4.

Met het hoger beroep beoogt de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur dat zijn voor de eerste rechter gebrachte vordering vooralsnog wordt toegekend, met de verwijzing van de geïntimeerde in de gedingkosten van beide instanties.

De geïntimeerde verzoekt in hoofdorde dat het hof de herstellvordering onontvankelijk verklaart of minstens zonder voorwerp wegens verjaring in toepassing van art. 2262 bis B.W..

Dit impliceert dat hij de bevestiging van het bestreden vonnis vraagt en derhalve concludeert tot de ongegrondheid van het hoger beroep.

Voor het geval het hof de herstellvordering niet onontvankelijk verklaart, hemeemt hij in aflopende onderschikte orde de voor de eerste rechter aangevoerde verweermiddelen (afwijzing van de herstellvordering wegens kennelijk onredelijk in toepassing van art. 159 Gec. G.W.; zonder gevolg laten van de herstellvordering wegens onredelijkheid minstens de meerwaarde te gelasten met aanstelling van een deskundige met opdracht zoals nader omschreven, het voorleggen van de zaak aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid).

5.

Het hoger beroep werd tijdig en in regelmatige vorm ingesteld.

Bij gebrek aan tegenspraak en ambtshalve op te werpen exceptie is dit hoger beroep derhalve ontvankelijk te verklaren.

6.

6.a. De gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur wordt gegriefd door het bestreden vonnis waar zijn herstellvordering ex art. 158 D.R.O. onontvankelijk werd verklaard wegens verjaring.

6.b. De herstelmaatregel inzake ruimtelijke ordening is, ongeacht de gekozen vorm van herstel en ongeacht of de vordering uitgaat van de derde-benadeelde of de handhavende overheid, een bijzondere modaliteit van de in de art. 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 art. 149 van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening.

De teruggave in de zin van het herstel van de toestand die bestond vóór het misdrijf, is de meest natuurlijke vorm van herstel van de gevolgen van een misdrijf en geldt als vorm van schadeloosstelling bij uitstek om aan de benadeelde genoegdoening te geven.

De herstellvordering vanwege de bevoegde overheid dient dan ook beschouwd te worden als een rechtsvordering tot vergoeding van buitencontractuele schade, in de zin van art. 2262 bis, §1, 2^{de} en 3^{de} lid B.W..

Luidens art. 2262 bis, §1, 2^{de} lid B.W. verjaren alle rechtsvorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid door verloop van 5 jaar vanaf de dag volgend op die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade of van de verzwaring ervan en van de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon.

De termijn van 5 jaar zal derhalve eerst beginnen lopen van zodra de benadeelde kennis heeft van zowel (*het bestaan van*) de schade als de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon.

Toegepast op bouwmisdrijven dient onder de term "*schade*" te worden verstaan de krenking van het algemeen en/of particulier belang door het (*verder*) bestaan van de gevolgen van het bouwmisdrijf, terwijl als "*de voor deze schade aansprakelijke personen*" in de eerste plaats de daders en medeplichtigen aan het bouwmisdrijf moeten worden aangeduid.

Het gegeven dat de handhavende overheden optreden vanuit het algemeen belang en geen persoonlijke schade lijden door het bouwmisdrijf, neemt niet weg dat zij niet zouden kunnen worden beschouwd als "*benadeelde*".

Immers, uit de parlementaire voorbereiding m.b.t. art. 2262 bis, §1, 2^{de} lid B.W. blijkt dat onder de term "*benadeelde*" de *titularis van het vorderingsrecht* kan worden begrepen (*Parl. St. Kamer, 1997-1998, 1087/7,4*).

Dit vorderingsrecht wordt wat betreft de krenking van het algemeen belang precies toevertrouwd aan de stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen (*art. 151 D.R.O.*).

6.c. Het hof stelt vast dat:

- voor de eerste rechter de herstellvordering niet enkel werd gegrond op het (*misdrijf van*) instandhouden van de wederrechtelijk opgerichte veranda maar ook op (*het misdrijf van*) het oprichten een vergunningsplichtige constructie zonder vergunning:

- in de dagvaarding werd uitdrukkelijk gesteld dat de verandaconstructie werd opgericht in strijd met de op 13 september 1991 afgeleverde bouwvergunning, hetgeen een inbreuk uitmaakt op art. 99,1° D.R.O. (*zonder dat op enigerlei mate werd verwezen naar het instandhoudingsmisdrijf zoals was voorzien in artikel 146 (oud) D.R.O.*);

- in de conclusies voor de eerste rechter de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur o.m. liet gelden:

"Zowel in het verleden als op heden is het plegen en instandhouden van inbreuken op de stedenbouwvoorschriften opgelegd door bijzondere plannen te sanctioneren middels de vordering tot teruggave, zijnde de burgerlijke herstelmaatregel. Hetzelfde geldt voor het bouwen zonder

vergunning."

en:

"het plegen van inbreuken op onder meer artikel 99 DORO, zowel wat betreft het eigenlijke uitvoeren als het voortzetten van deze inbreuken, kan, ongeacht het wegvallen van de strafsanctie voor de instandhouding, sedert inwerkingtreding van het decreet van 4 juni 2003, aldus aanleiding geven tot het vorderen van een herstelmaatregel."

- de geïntimeerde in eerste aanleg zijn verweermiddel van verjaring evenwel beperkte tot de verjaring van het (*misdrijf van*) instandhouden van de wederrechtelijke veranda, de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur de door hem ontwikkelde middelen toespitste op dit verweermiddel en de eerste rechter in het bestreden vonnis ook enkel dit middel van verjaring van de herstellvordering gegrond op het (*misdrijf van*) instandhouden ontmoette;
- in deze instantie enkel (*verder*) het middel van verjaring van het (*misdrijf van*) instandhouden van de wederrechtelijk opgerichte veranda wordt ontwikkeld.

Voor zoveel als nodig èn louter volledigheidshalve wenst het hof evenwel aan te geven dat de (*herstel*)vordering van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur, voor zover gegrond op het wederrechtelijk oprichten in oktober 1996 van de kwestieuze constructie ,verjaard is.

Waar op 6 april 1994 door e.a. werkcontroleur bij de Dienst der Werken van de stad lastens de geïntimeerde een proces-verbaal van vaststelling werd opgesteld wegens het bouwen van een veranda zonder te beschikken over de vereiste bouwvergunning en het niet betwist wordt dat onmiddellijk een afschrift van dit proces-verbaal werd overgemaakt aan de bevoegde diensten ruimtelijke ordening en stedenbouw, moet worden aangenomen dat de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur vanaf dan kennis heeft genomen van de 'schade' in de zin van art. 2262 bis, §1, 2^{de} lid B.W..

Voor herstellvorderingen van de handhavende overheid en de derde-benadeelde m.b.t. bouwmisdrijven die op 27 juli 1998 reeds voltrokken waren, geldt bovendien art. 10 van de Wet van 10 juni 1998 (precies omdat het te dezen toepasselijke verjaringsartikel 2262 bis B.W. in het materieel recht werd ingevoerd bij de wet van 10 juni 1998). Bij wijze van overgangsbepaling wordt aldaar m.b.t. dergelijke vorderingen voorzien dat de nieuwe verjaringstermijn slechts loopt vanaf de inwerkingtreding (zijnde vanaf 27 juli 1998).

Nu in de onderhavige zaak de bedoelde 'kennis' reeds bestond vóór die voormelde inwerkingtreding, loopt de verjaringstermijn van 5 jaar pas vanaf 27 juli 1998.

De dagvaarding in de onderhavige zaak dateert pas van 18 november 2004, zijnde buiten de termijn van 5 jaar vanaf 27 juli 1998 in de zin van art. 2262 bis, §1, 2^{de} lid B.W. en art. 10 van de wet van 10 juni 1998.

Er liggen geen tijdige daden van stuiting voor in de zin van de art. 2244 e.v. B.W..

Zo vormt de inleiding van de herstellvordering bij de procureur des Konings bij de rechtbank van eerste aanleg te Brugge op 21 november 2002 geen burgerlijke stuiting, nu het geen dagvaarding voor het gerecht uitmaakt in de zin van art. 2244 B.W..

Onder "dagvaarding voor het gerecht" verstaat art. 2244 B.W. immers een akte van rechtsingang die de zaak aanhangig maakt voor het gerecht.

Dit laatste gebeurt in het specifieke geval van art. 149 § 2 D.R.O. (dat hier echter niet aan de orde is) pas door toedoen van het openbaar ministerie, dat inzake bouw misdrijven de strafvordering uitoefent en daarbij in de regel de herstellvordering van de administratie overneemt. In de onderhavige aangelegenheid gebeurde dit zelfs uitdrukkelijk niet, nu op 16 september 2003 door de procureur des Konings te Brugge integendeel werd medegedeeld dat de zaak zonder gevolg werd geklasseerd omdat de redelijke termijn voor vervolging overschreden was.

Immers, art. 149 § 2 D.R.O. machtigt de genoemde overheden niet om een misdrijf bij de strafgerichten aanhangig te maken, doch enkel om de wijze van herstel aan te geven die in het algemeen belang moet worden uitgesproken indien het misdrijf is bewezen. De herstellvordering is derhalve afhankelijk van de beslissing van het parket om het misdrijf al dan niet te vervolgen. In zoverre art. 149 § 2 D.R.O. bepaalt dat de herstellvordering bij het parket wordt ingeleid bij gewone brief, regelt het slechts de wijze waarop de gekozen herstelmaatregel kenbaar wordt gemaakt en stelt het niet de procedureregels vast voor de bevoegde rechtbank. (zie: Arbitragehof nr. 57/2002, 28 maart 2002, www.arbitrage.be, overweging B.7.2 en B.7.3).

6.d. Wat de door de eerste rechter weerhouden verjaring van de (*herstel*)vordering van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur, voor zover gegrond op het (*misdrif* van) instandhouden van de wederrechtelijke veranda, vermag het hof het volgende te stellen.

Volgens art. 146, 3^{de} lid D.R.O. (*invoeging bij art. 7 Decr. VI. Parl. 4 juni 2003 met ingang van 22 augustus 2003, zelf gedeeltelijk vernietigd bij arrest Arbitragehof nr. 14/2005, 19 januari 2005*) geldt de strafsanctie voor het instandhouden van inbreuken, bedoeld in het 1^{ste} lid van dat art. 146 onder 1°, 2°, 3°, 6° en 7° *niet* voor zover de werken, wijzigingen of het strijdige gebruik *niet* gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden.

Vraag is dan ook of er nog wel een herstelmaatregel kan worden bevolen wanneer een veroordeling wegens het voormelde instandhouden niet meer mogelijk is op grond van artikel 146, 3^{de} lid D.R.O..

Volgens deze bepaling geldt immers *geen* strafsanctie, *behoudens* in (*oorspronkelijk*) 3 gevallen die, na het arrest 14/2005 van het Arbitragehof van 19 januari 2005, zijn herleid tot *het enkele geval van instandhouding in ruimtelijk kwetsbaar gebied*.

Het litigieuze onroerend goed is gelegen in woongebied zodat voor het misdrif van instandhouding geen strafsanctie (*meer*) geldt.

Specifiek stelt zich dus de vraag of deze bepaling het strafbare karakter van de instandhouding, voor zover aan de negatief geformuleerde voorwaarde is voldaan, *opheft*, dan wel of deze bepaling een *strafuitsluitingsgrond* bevat.

Het verschil tussen de beide oplossingen is van bepalend belang.

Immers, een strafuitsluitingsgrond doet enkel de strafvordering vervallen doch doet geen afbreuk aan de kwalificatie van de feiten als misdrif. Aldus zou de regelmatig ingestelde herstellvordering, gegrond op het (*steeds voortdurende*) instandhoudingsmisdrif, niet kunnen vervallen zijn.

Over o.m. deze vraagstelling (*weliswaar ruimer gesitueerd*) werd reeds op omstandige wijze onderzoek verricht en advies verstrekt

door procureur-generaal bij het Hof van Cassatie
(Cass., 13 december 2005, AR P.2005.0693.N en
P.2005.0891.N).

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

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

Het instandhoudingsmisdrijf wordt er eerst, zoals voordien, zonder restrictie omschreven in het 1^{ste} lid. Pas daarna in het 3^{de} lid wordt er bepaald dat "*de strafsanctie*" in bepaalde gevallen "*niet geldt*".

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

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

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

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

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

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

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

Dat zijn dus stedenbouwmisdrijven waarvoor de instandhouding niet langer strafbaar is. Maar als de herstellvordering zou vervallen bij verval van de strafvordering m.b.t. het instandhoudingsmisdrijf, zou geen herstelmaatregel meer mogelijk zijn voor alle gebouwen waarvoor de werken beëindigd waren begin 1998.

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

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

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

De toelichting bij het voorgestelde artikel 11 vat aan met de mededeling *"Een aantal overgangsbepalingen waren over het hoofd gezien"* (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr 1566/5, p. 6). De overgangsmaatregel m.b.t. hangende zaken werd als volgt toegelicht. *"Voor de reeds lopende vorderingen, waarvoor nog*

geen vonnis of arrest is geveld, kan^s de rechter soeverein oordelen om al dan niet het advies in te winnen van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid."

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

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

De minister verklaarde o.a.:

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

De indiener van het voorstel (Vlaams volksvertegenwoordiger) verklaarde ook, na te hebben uiteengezet dat een vermoeden van vergunning geldt voor constructies die werden gebouwd vóór de definitieve vaststelling van de gewestplannen:

"Er kunnen wel strafbare feiten zijn bij constructies die gebouwd zijn na de definitieve totstandkoming van de gewestplannen van het gebied waarin ze zijn gelegen. Voor de periode tussen 1977-1979 (definitieve vaststelling van de gewestplannen) tot 1 mei 2000 heeft het decreet een duidelijk doel voor ogen. Vanaf 1 mei 2000 geldt de zogenaamde nultolerantie"

(Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/7, p. 24).

Waar evenwel dit "duidelijke doel" niet nader werd geduid en zich dan ook de vraag zou kunnen stellen of dit al dan niet alleen de meerwaarde en de Hoge Raad voor het Herstelbeleid zou kunnen

zijn, moet er toch uit deze besprekingen en voorbereidende handelingen worden vastgesteld dat er nooit uitdrukkelijk als doel werd vooropgesteld dat ook de herstelvorderingen zouden zijn vervallen.

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

Zoals boven reeds gesteld hebben de in artikel 149, § 1, 1^{ste} lid, D.R.O. bedoelde herstelmaatregelen een civielrechtelijk karakter en strekken zij als bijzondere vorm van vergoeding of teruggave ertoe een einde te maken aan de met de wet strijdige toestand die uit het misdrijf is ontstaan en waardoor het algemeen belang wordt geschaad.

De opheffing van het strafbare karakter van het misdrijf van instandhouding ingevolge de wijziging van art. 146 D.R.O. houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (*invoeging van het 3^{de} lid bij art. 7 Decr. VI. Part. 4 juni 2003*), heeft alleen het verval van de op dat misdrijf gesteunde strafvordering tot gevolg.

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

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

De dienaangaande door de geïntimeerde aangevoerde middelen falen naar recht.

De in die zin geformuleerde grieven zijn dan ook gegrond.

L.

De gevorderde herstelmaatregelen hebben betrekking op inbreuken die dateren van vóór 1 mei 2000 en worden uitdrukkelijk gemotiveerd vanuit het oogpunt van de ruimtelijke ordening, de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving en de ernst van de overtreding, in de zin van art. 149§3 D.R.O.

Alvorens dienaangaande nader te oordelen komt het aan het hof noodzakelijk voor het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in de zin van art. 198bis, 2^{de} lid D.R.O. in te winnen, zoals hierna nader bepaald.

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

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

Zoals voorzien door de art. 198bis, 1^{ste} lid en 9bis § 5 D.R.O. werd door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid het huishoudelijk reglement opgesteld en goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 16 december 2005 (B.S. 13 januari 2006, p. 2414-2418).

De bepalingen met betrekking tot het in de art. 149 §1 en 153 D.R.O. bedoeld advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid zijn aldus in werking getreden.

**OM DEZE REDENEN,
HET HOF,**

recht doende op tegenspraak.

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

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk en thans reeds in de

navolgende mate gegrond.

Doet het bestreden vonnis teniet en opnieuw wijzende.

Verklaart de vordering ontvankelijk.

Alvorens nader te oordelen, beslist dat de ingediende vordering, zoals voormeld, wordt voorgelegd aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, voor het advies zoals bedoeld in art. 198bis, 2^{de} lid D.R.O..

Beveelt dat daartoe, zoals voorzien in de art. 28 en 29 § 1 van het huishoudelijk reglement van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, goedgekeurd door de Vlaamse Regering op 16 december 2005, de vereiste stukken en gegevens aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid door middel van aangetekend schrijven zullen worden overgemaakt, zijnde minstens:

(1) een eensluidend verklaard afschrift van het onderhavige arrest waarbij met toepassing van art. 198bis, 2^{de} lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wordt geadieerd;

(2) een eensluidend verklaarde kopie van de dagvaarding d.d. november 2004 houdende de herstellvordering waarover het advies wordt gevraagd.

Verstaat dat deze adviesaanvraag zal worden overgemaakt aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid op het volgende adres:

*Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap
Hoge Raad voor het Herstelbeleid
Phoenixgebouw
Koning Albert II-laan 19 bus 14
1210 Brussel*

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

Verwijst de zaak naar de bijzondere rol van deze kamer.

Houdt de beslissing over de kosten aan.

folio nr. 13³:

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

De heer Raadsheer, wn. voorzitter,

Mevrouw Raadsheer,

De heer Raadsheer,

en uitgesproken door de raadsheer wn. voorzitter van de kamer in

openbare terechtzitting op **zesentwintig september**

tweeduizend en acht,

bijgestaan door

Mevrouw

]

Griffier.

Rep. nr.: 2008/ 6770

Aangeboden op 30 SEP. 2008
Niet te registreren;

177/1:

De ~~g.e. inspecteur,~~
M. CASSAN