

Hof van Cassatie van België

Arrest

Nr. P.11.1993.N

1. geboren te op wonende te

beklaagde,

2. geboren te op

wonende te

beklaagde,

eisers,

met als raadslieden mr.

en mr.

advocaten bij de

balie te

tegen

GEWESTELIJK STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR, bevoegd voor de provincie Oost-Vlaanderen, met kantoor te 9000 Gent, Gebroeders Van Eyckstraat 2-6,

eiser tot herstel,

verweerder.

I. RECHTSPLEGING VOOR HET HOF

De cassatieberoepen zijn gericht tegen het arrest van het hof van beroep te Gent, correctionele kamer, van 27 oktober 2011.

De eisers voeren in een memorie die aan dit arrest is gehecht, een middel aan.

Eerste voorzitter heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal heeft geconcludeerd.

II. BESLISSING VAN HET HOF

Beoordeling

Middel

1. Het middel voert schending aan van artikel 6.1.41, § 1, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening: naar aanleiding van het verrichten van handelingen in strijd met de bestemmingsvoorschriften bevelen de appelrechters met toepassing van artikel 6.1.41, § 1, 1°, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening onterecht het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand; krachtens de bewoordingen van voormelde bepaling kan dit alleen voor zover niet op geldige wijze kon worden afgeweken van de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen; de appelrechters stellen vast dat vóór het plegen van het stedenbouwmisdrijf er inderdaad een zonevreemde woning was waarvoor afwijkmogelijkheden bestonden; bijgevolg is de uitzondering op artikel 6.1.41, § 1, 1°, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening toepasselijk, en is krachtens

artikel 6.1.41, § 1, 2°, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening de meerwaardebepaling de principieel te bevelen herstelmaatregel.

2. Voor misdrijven die bestaan, of onder meer bestaan, uit het verrichten van handelingen in strijd met een stakingsbevel of in strijd met de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen, "*voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken*", verplicht artikel 6.1.41, § 1, 1°, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening hetzij tot een herstel in de oorspronkelijke toestand hetzij, zo dit kennelijk volstaat om de plaatselijke ordening te herstellen, tot de uitvoering van bouw- of aanpassingswerken.

Voor de andere misdrijven dan deze vermeld in artikel 6.1.41, § 1, 1° bepaalt artikel 6.1.41, § 1, 2°, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening dat de betaling van de meerwaarde wordt gevorderd, tenzij wordt aangetoond dat de plaatselijke ordening hierdoor kennelijk op onevenredige wijze zou worden geschaad, in welk geval één van de maatregelen, vermeld in 1°, wordt gevorderd.

3. De uitzonderingen op de prioriteitenorde voor de herstellvordering zoals bepaald in artikel 6.1.41, § 1, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening tonen aan dat de aantasting van de goede plaatselijke ruimtelijke ordening, nog meer dan de aard van de overtreding zelf, bepalend is voor de keuze van de herstelmaatregel, zowel bij een overtreding van de bestemmingsvoorschriften, het geval waarbij een regelmatige afwijkmogelijkheid op deze voorschriften is voorzien niet uitgezonderd (artikel 6.1.41, § 1, 1°), als voor de andere overtredingen (artikel 6.1.41, § 1, 2°). In beide gevallen blijft de evenredigheids- en redelijkheidstoets onverminderd van toepassing: het gevorderde herstel moet evenredig zijn aan de in concreto vastgestelde aantasting van de ruimtelijke ordening en de maatregel moet redelijk blijven in vergelijking tot de last die dit voor de betrokkene meebrengt.

In zoverre het middel ervan uitgaat dat in het geval van mogelijkheid om van de bestemmingsvoorschriften af te wijken, de meerwaardebepaling steeds de te stellen herstellvordering is en dit ongeacht de ernst van de aantasting van de ruimtelijke ordening, faalt het naar recht.

4. Wat betreft de beoordeling van de aantasting van de plaatselijke ruimtelijke ordening verwijst het arrest (ro 4.5, p. 11-12) naar de feitelijke gegevens die in de motivering van de herstellvordering worden vermeld en op grond waarvan de

overtreding als een “*uitermate zwaarwichtige inbreuk op de meest essentiële stedenbouwkundige voorschriften*” werd omschreven en gemotiveerd werd waarom aanpassingswerken niet konden gevorderd worden.

Voorts oordeelt het arrest met vermelding van redenen (p. 12, ro 4.7 en 4.8) dat het gevorderde herstel door afbraak en verwijdering evenredig blijkt te zijn aan de vastgestelde aantasting van de ruimtelijke ordening, alsook redelijk in vergelijking met de last die dit voor de betrokkenen meebrengt.

5. Voormelde vaststelling van schade aan de plaatselijke ruimtelijke ordening volstaat om het bevolen herstel naar recht te verantwoorden, zonder dat de appelrechters de evenredigheidstoets die zij uitvoeren nader moeten toelichten in functie van de gepleegde overtreiding en de modaliteiten zoals bepaald in artikel 6.1.41, § 1, eerste lid, 1^o en 2^o, Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

6. In zoverre het middel geen rekening houdt met deze motivering die mede het bevolen herstel verantwoordt, berust het op een onvolledige lezing van het arrest, en kan het niet worden aangenomen.

Ambtshalve onderzoek van de beslissing op de strafvordering

7. De substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven rechtsvormen zijn in acht genomen en de beslissing is overeenkomstig de wet geweest.

Dictum

Het Hof,

Verwerpt de cassatieberoepen.

Veroordeelt de eisers tot de kosten.

Bepaalt de kosten op 92,40 euro.

6 NOVEMBER 2012

P.11.1993.N/5

Dit arrest is gewezen te Brussel door het Hof van Cassatie, tweede kamer, samengesteld uit eerste voorzitter als voorzitter, en de raadsheren en op de openbare rechtszitting van 6 november 2012 uitgesproken door eerste voorzitter in aanwezigheid van advocaat-generaal met opdracht met bijstand van griffier

Hof van Cassatie
Nummer P.11.1993.N

MEMORIE TOT STAVING

VOOR:

De heer _____ wonende te
Oorspronkelijk eerste beklagde
Eerste eiser in cassatie

Mevrouw _____ wonende te
Oorspronkelijk tweede beklagde
Tweede eiser in cassatie

Voor wie optreedt _____ met name: mr. _____ en mr. _____ met kantoor
te _____

TEGEN:

Het arrest dat gewezen werd door het Hof van Beroep te Gent, 10^e kamer, op 27 oktober 2011.

MEDE INZAKE:

Het OPENBAAR MINISTERIE

De GEWESTELIJKE STEDENBOUWKUNDIGE INSPECTEUR

Oorspronkelijke eiser tot herstel

Verweerder in cassatie

Voor wie optreedt als mr. _____ met kantoor te _____

Daarop werd op 29 september 1997 tegen die beslissing door de gemachtigde ambtenaar beroep aangetekend bij de Vlaamse minister, dit om reden dat het voorgestelde plan teveel zou afwijken van de originele woning, de omzendbrief van 1 oktober 1975 (hefkracht) bij besluit van 3 juni 1997 inmiddels werd opgeheven en omdat omwille van de ruïneuze toestand het toen nog geldende decreet van 14 juli 1994 niet van toepassing (meer) zou zijn.

Van belang is ook dat de Vlaamse minister de visie van de gemachtigde ambtenaar niet volgde. Bij ministerieel besluit van 10 februari 1998 werd de beslissing van de bestendige deputatie bevestigd (strafdossier p. 14-18).

Daarop werden de werken in de loop van 1998 aangevat.

Intussen was de gezinstoestand echter zo geëvolueerd dat de destijds ingediende en (jaren later) vergunde plannen niet volledig meer beantwoordden aan de specifieke zorgen die van eisers in cassatie nodig had/heeft (stukken 1 en 2).

Om een oplossing te bieden aan dit probleem hebben eisers in cassatie éénzijdig de plannen gewijzigd nu zij niet nog eens de administratieve lijdensweg die zij achter de rug hadden, wilden doorlopen. Onder andere werd één slaapkamer en de badkamer op het gelijkvloers gesitueerd in plaats van op de verdieping. Aldus werd afgeweken van de vergunde afmetingen en de geplande inrichting van de woning.

Eisers in cassatie waren zich echter niet bewust van het feit dat die oplossing kon leiden tot de nog grotere lijdensweg waarin zij zich momenteel bevinden.

Dit alles leidde ertoe dat op 19 december 1998 door de gemeentelijke politie proces-verbaal werd opgesteld om redenen dat de woning op een gewijzigde plaats werd herbouwd en dat de vergunde afmetingen niet helemaal werden gerespecteerd (strafdossier p. 1-3). Op 21 december 1998 werden de werken stilgelegd (strafdossier p. 20). Sindsdien werden geen verdere werken meer uitgevoerd en woonden eisers in cassatie lange tijd met hun drie kinderen noodgedwongen in een caravan.

1.2 Regularisatie initiatieven

Nu het gebouw niet conform de verkregen vergunning was opgetrokken, werden een aantal regularisatiepogingen ondernomen.

Toen met de decreetswijziging van 13 juli 2001 het zonevreemd herbouwen werd toegelaten, zagen eisers in cassatie een oplossing voor hun situatie. In navolging van die gewijzigde decretale context, dienden zij eind 2001 een aanvraag in tot regularisatie van de in aanbouw zijnde woning.

Nu bleek dat het aangevraagde volume te groot was volgens de intussen gewijzigde volumenormen, werd die aanvraag op 10 mei 2002 vervangen door een nieuwe aanvraag, waarbij werd voorgesteld een deel van het volume af te breken om te beantwoorden aan het maximaal toegelaten bouwvolume conform het

toenmalige artikel 145 *bis* van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna DRO).

De aangepaste aanvraag werd op 16 mei 2002 door de afdeling Land en AMINAL gunstig geadviseerd.

Er werden geen bezwaren ingediend tijdens het vereiste openbaar onderzoek.

Op 1 juli 2002 werd het dossier zonder advies van het college van burgemeester en schepenen aan de gemachtigde ambtenaar overgemaakt. De gemachtigde ambtenaar adviseerde op zijn beurt ongunstig, ditmaal omdat niet gebouwd werd op 75 % van de oorspronkelijk bebouwde oppervlakte.

Op 23 december 2002 werd de aanvraag dan ook noodgedwongen geweigerd door het college van burgemeester en schepenen.

Tegen deze beslissing tekenden eisers in cassatie op 13 januari 2003 beroep aan bij de bestendige deputatie.

De bestendige deputatie besliste dit beroep eerst uit te stellen nu een op til zijnde decreetswijziging het herbouwen op een gewijzigde plaats zou toelaten, i.e. decreetswijziging die op 21 november 2003 door het Vlaams Parlement werd aangenomen en op 8 februari 2004 in werking trad. Aangezien van deze nieuwe regeling enkel gebruik kon worden gemaakt voor zover de regularisatieaanvraag na 8 februari 2004 is ingediend – wat in deze niet het geval was – diende deze procedure noodgedwongen te worden stopgezet.

Gesterkt door de inhoud van de laatste decreetswijzigingen, was eindelijk – na al die jaren van onzekerheid – een rechtsgrondslag voorhanden voor de oplossing van dit dossier. Eisers in cassatie zagen licht aan het einde van de tunnel.

Met toepassing van de artikelen 145 *bis* en 195 *quinquies* DRO werd bijgevolg op 12 juli 2004 een nieuw aanvraagdossier ingediend.

Tijdens het openbaar onderzoek werden geen bezwaarschriften ingediend.

Op 26 augustus 2004 werd een voorwaardelijk gunstig advies uitgebracht door de dienst waterlopen van het provinciebestuur. Ook het college van burgemeester en schepenen adviseerde de aanvraag op 26 augustus 2004 positief.

Echter, tot eenieders verbazing en niettegenstaande ingevolge de decreetswijziging van 21 november 2003 een decretale vergunningsmogelijkheid was voorzien voor de oplossing van dergelijke problemen, adviseerde de gemachtigde ambtenaar de aanvraag op 17 december 2004 opnieuw ongunstig. Ditmaal werd geoordeeld dat niet zou zijn voldaan aan de toepassingsvoorwaarden (ex artikel 145 *bis*, § 1 DRO) om op een gewijzigde plaats te mogen bouwen:

'het herbouwen op een gewijzigde plaats kan enkel aanvaard worden om redenen van goede plaatselijke ordening, waarbij de eindtoestand een betere plaatselijke aanleg oplevert. De opportuniteitsafweging in voorliggend dossier voldoet hieraan niet'.

In navolging van het ongunstig advies van de gemachtigde ambtenaar werd de aanvraag op 27 december 2004 andermaal geweigerd door het college van burgemeester en schepenen.

Op 1 september 2005 willigde de bestendige deputatie het beroep tegen voormeld weigeringsbesluit in (strafdossier p. 55).

Dit vergunningsbesluit werd vervolgens door de gemachtigde ambtenaar op 29 september 2005 aangevochten. De gemachtigde ambtenaar bleef bij zijn eerder geformuleerd standpunt dat onvoldoende aangetoond zou zijn dat de eindtoestand na het herbouwen op een gewijzigde inplantingsplaats, een betere plaatselijke aanleg oplevert. (strafdossier p. 66).

De argumentatie van de gemachtigde ambtenaar werd gevolgd door de minister van ruimtelijke ordening en met een beslissing van 26 oktober 2006 werd het beroep van de gemachtigde ambtenaar ingewilligd (strafdossier p. 76).

Met een schrijven van 22 september 2004 werd door de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur een herstellvordering, houdende de volledige afbraak van de woning, overgemaakt aan de Procureur des Konings.

1.3. Behandeling voor de correctionele rechtbank

Eisers in cassatie werden vervolgens op 29 december 2006 gedagvaard om op 13 februari 2007 te verschijnen voor de correctionele rechtbank te Gent.

Op de zitting van 13 februari 2007 werd door eisers in cassatie een constructief voorstel geformuleerd waarbij een groot deel van de woning vrijwillig zou worden afgebroken en voor het overige een meerwaardesom zou worden gevorderd.

1.3.1 Tussenvonnis van 6 maart 2007

De correctionele rechtbank had oren naar dit voorstel en met een tussenvonnis van 6 maart 2007 werd aan de Procureur des Konings de opdracht gegeven de herstellvordering voor herevaluatie over te maken aan de stedenbouwkundige inspecteur. De rechtbank was van oordeel dat in het licht van de bijzondere sociale omstandigheden waarin eisers in cassatie zich bevonden en het voorstel tot het uitvoeren van aanpassingswerken gecombineerd met het betalen van een meerwaardesom, het dossier door de stedenbouwkundige inspecteur opnieuw diende te worden heroverwogen.

Naar aanleiding van deze herevaluatie werd eisers in cassatie een nota overgemaakt aan de gewestelijke stedenbouwkundige Inspecteur waarin zij hun standpunt uiteenzetten. Deze nota kwam overeen met de besluiten die door de beklagden werden overgemaakt aan de correctionele rechtbank naar aanleiding van de terechtzitting van 13 februari 2007 en bevatte tevens het voorgelegde voorstel tot verdere aanpassingswerken.

Met een schrijven van 4 mei 2007 formuleerde de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur zijn standpunt met betrekking tot de gevraagde herevaluatie van de herstellvordering.

Samengevat kan worden gesteld dat de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur op geen enkele wijze inging op het voorstel dat werd geformuleerd door eisers in cassatie, en geen enkele motivatie gaf voor het afwijzen van het voorstel dat door eisers in cassatie werd geformuleerd. De gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur bleef bij zijn initieel standpunt dat het herstel in de oorspronkelijke toestand diende te worden gevorderd, met name de volledige afbraak van de woning.

1.3.2 Vonnis van 2 oktober 2007

Nu de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur zijn initiële herstellvordering handhaafde, oordeelde de correctionele rechtbank dat deze herstellvordering diende te worden afgewezen als kennelijk onredelijk. De rechtbank hield immers wél rekening met het door eisers in cassatie aangebrachte voorstel om enkele van de bestaande volumes af te breken, teneinde zich te conformeren aan de bestaande wetgeving.

De rechtbank was van oordeel dat er een kennelijke wanverhouding bestond tussen het voordeel dat voor de ruimtelijke ordening ontstaat door het herstel in de oorspronkelijke toestand tegenover de last die daaruit voor de overtreders voortvloeit. De gevorderde herstelmaatregel werd aldus afgewezen als kennelijk onredelijk.

Eisers in cassatie werden wel strafrechtelijk veroordeeld voor de ten laste gelegde feiten:

Tegen dit vonnis werd hoger beroep ingesteld door de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur en de procureur des Konings.

1.4. Behandeling voor het Hof van Beroep

Nu het plegen van het stedenbouwmisdrijf was verjaard en het instandhouden in niet ruimtelijk kwetsbaar gebied (waartoe zeker sinds de inwerkingtreding van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening (VCRO) ook de landschappelijk waardevol agrarische gebieden behoren) niet (meer) strafbaar is, werden eisers in cassatie geen strafsancie opgelegd in het arrest van 27 oktober 2011.

Wel werd de herstellvordering van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur ingewilligd. Eisers in cassatie werden derhalve veroordeeld tot uitvoering van volgende herstelmaatregel:

beveelt aan elke veroordeelde over te gaan tot het herstel van de plaats te op het kadaster gekend onder

In de oorspronkelijke toestand door: (1) de afbraak van de opgetrokken nieuwe constructie, (2) het verwijderen van de fundering en vloerplaat, (3) het legaal verwijderen van alle afbraakmaterialen en (4) het herstel van het maaiveld in zijn oorspronkelijke toestand, binnen een termijn van een jaar vanaf de dag waarop dit arrest in kracht van gewijsde zal treden,

beveelt dat voor het geval dat de plaats niet in de oorspronkelijke toestand wordt hersteld binnen voormelde termijn de gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur en het college van burgemeester en schepenen van van ambtswege in de uitvoering ervan kan voorzien, overeenkomstig hetgeen is bepaald in artikel 6.1.46 VCRO,

zegt voor recht dat op vordering van de gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur door elke veroordeelde een dwangsom zal worden verbeurd van € 500 per dag vertraging in de nakoming van dit bevel, te rekenen vanaf het verstrijken van de termijn van een jaar vanaf de dag waarop dit arrest in kracht van gewijsde zal treden.

Tegen dit arrest werd door eisers cassatieberoep aangetekend.

Tegen dit arrest wensen eisers op te komen met volgend middel tot cassatie.

II. EERSTE EN ENIGE MIDDEL TOT CASSATIE

GESCHONDEN WETSBEPALINGEN

Artikel 6.1.41.51 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening

AANGEVOCHTEN BESLISSING

De appelrechters oordeelden dat er zich een herstel in de oorspronkelijke toestand opdrong om reden dat het stedenbouwmisdrijf zou vallen onder de categorie bedoeld in artikel 6.1.41.51.1° VCRO en derhalve zou bestaan uit het verrichten van handelingen "in strijd met de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen, voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken". De beslissing van de appelrechters wordt als volgt gemotiveerd:

4.3 Art. 6.1.41. § 1 VCRO 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. (...) De herstellvordering wordt ingesteld met inachtneming van volgende regelen:

1° voor misdrijven die bestaan, of ondermeer bestaan, uit het verrichten van handelingen in strijd met een stakingsbevel of in strijd met de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen, voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken, wordt gevorderd:

- a) hetzij de uitvoering van het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand of de staking van het strijdige gebruik;
b) hetzij, zo dit kennelijk volstaat om de plaatselijke ordening te herstellen, de uitvoering van bouw- of aanpassingswerken;

2° voor andere misdrijven dan deze, vermeld in 1°, wordt de betaling van de meerwaarde gevorderd, tenzij de overheid die de herstellvordering instelt, aantoont dat de plaatselijke ordening hierdoor kennelijk op onevenredige wijze zou worden geschaad, in welk geval één van de maatregelen, vermeld in 1°, wordt gevorderd.

Voor de diverse onderdelen van éénzelfde misdrijf kunnen verschillende herstelmaatregelen worden gevorderd, indien deze voldoende individualiseerbaar zijn.;

Deze bepaling moet worden gelezen in de context van art. 159 Grondwet, krachtens hetwelk de rechter geen gevolg mag geven aan bestuurshandelingen die niet met de wetten overeenstemmen. De rechter dient de herstellvordering op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet, dan wel of ze op machtoverschrijding of machtsafwendung berust. Meer bepaald dient het hof na te gaan of de beslissing van het bestuur om het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand te vorderen uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Het behoort het hof niet de opportuniteit van de gevorderde maatregel te beoordelen.

De bepaling "voor zover daarvan niet op geldige wijze kan worden afgeweken" houdt niet in dat, zelfs wanneer de constructie vanuit het standpunt van een goede ruimtelijke ordening kan aanvaard worden, bij wettelijke onmogelijkheid tot regularisatie het herstel in de oorspronkelijke toestand moet worden gevorderd.

Het is dus niet zo dat het handhavend bestuur zelfs zo de bestemmingsvoorschriften het verlenen van een regularisatievergunning zouden verhinderen, slechts de afbraak zou kunnen vorderen ongeacht de impact van de handelingen, en constructies op de plaatselijke ordening.

4.4 De motivering van de vordering tot afbraak van de nieuw opgerichte constructies gaat niet enkel uit van de strijdigheid van (het gebruik) van de gebouwen met de gewestplanbestemming, doch ook van de welgering van de aangevraagde regularisatievergunning omdat niet was voldaan aan de toepassing van de zogenaamde "75 %-regel", doordat de geheel nieuwe constructie op een andere dan de vroegere plaats werd ingeplant, nl. verder op het perceel; de gewestelijk stedenbouwkundig inspecteur heeft de motieven van het negatief bindend advies van 12 december 2002 van de gemachtigde ambtenaar overgenomen en tot de hare gemaakt.

4.5 Het hof stelt vast dat:

- ▲ de Inbreuk gelegen is in landschappelijk waardevol agrarisch gebied.

- ▲ de beklagden bij beslissing van 7 augustus 1997 van de deputatie van een stedenbouwkundige vergunning werd verleend voor het verbouwen van een door brand geteisterde woning,
- ▲ door de beklagden werd overgegaan tot afbraak van de door de brand vernielde woning en heropbouw van een nieuwe woning, echter buiten de bestaande fundamenten, waarbij de afmetingen vermeld op het bouwplan niet werden gerespecteerd, nl. met een langere zijgevel en een bredere voorgevel, waarbij de op het plan voorziene garage niet werd gebouwd, waarbij gebouwd werd op een grotere oppervlakte en in een groter volume dan vergund en waarbij de afstand ten opzichte van de rooilijn niet werd gerespecteerd,
- ▲ in de uitvoerig gemotiveerde herstellvordering de inbreuk als een "uitermate zwaarwichtige inbreuk op de meest essentiële stedenbouwkundige voorschriften" werd omschreven en gemotiveerd werd waarom aanpassingswerken niet konden gevorderd worden, waarbij onder meer gewezen werd op:
 - ▲ de ingediende aanvraag en de hierop bekomen vergunning betrekking hadden op het verbouwen en uitbreiden van een door brand geteisterde woning terwijl overgegaan werd tot het volledig slopen van de bestaande, resterende buitenmuren, zodat sprake is van herbouwen of nieuwbouw in plaats van verbouwen,
 - ▲ het feit dat het goedgekeurde plan niet werd gevolgd, doordat breder, dieper en groter werd gebouwd dan vergund, met toevoeging van nieuwe volumes, terwijl ook de inplantingsplaats werd geherlokaliseerd,
 - ▲ het feit dat landschappelijke waardevol agrarische gebieden gebieden zijn waar beperkingen gelden met het doel het landschap te beschermen of aan landschapsontwikkeling te doen,
 - ▲ het open en ongerept karakter en de grote structurele agrarische kwaliteiten van het betrokken landschappelijk waardevol gebied,
 - ▲ het feit dat de woning, op een totaal geïsoleerde inplantingsplaats in dit gebied, louter een residentieel karakter heeft, zonder binding met de agrarische bestemming van het gebied en zonder dat door de oprichting ervan het landschap beschermd of verder ontwikkeld wordt,
 - ▲ de onmogelijke verenigbaarheid van de riante villa met de onmiddellijke omgeving.

4.6 De uitzondering op het principeel te bevelen herstel overeenkomstig het in artikel 6.1.41, § 1, 1° en 2° VCRO gemaakte onderscheid tonen aan dat de omvang van de schade aan de plaatselijke ruimtelijke ordening, nog meer dan de overtreding zelf, bepalend is voor de keuze van de herstelmaatregel, zowel bij overtreding van de bestemmingsvoorschriften (artikel 6.1.41, § 1, 1°), zoals in dit geval, als voor de andere overtredingen (hetzelfde artikel, maar 1° l.p.v. 2°). In beide gevallen blijft de evenredigheids- en redelijkheidstoets onverminderd van toepassing: het gevorderde herstel moet evenredig zijn aan de *in concreto* vastgestelde aantasting van de ruimtelijke ordening en de maatregel moet redelijk blijven in vergelijking tot de last die dit voor de betrokkene meebrengt. De concrete vaststelling dat er schade is aan de plaatselijke ruimtelijke ordening voelstaat om het eventueel te bevelen herstel naar recht te verantwoorden, zonder dat het hof de evenredigheidstoets die het uitvoert, nader moet toelichten in functie van de gepleegde overtreding en de modaliteiten zoals bepaald in artikel 6.1.41, § 1, eerste lid, 1° en 2° VCRO.

GRIEVEN

Eisers in cassatie stellen vast dat de appelrechters de prioriteitenorde ex artikel 6.1.41.§1 VCRO niet correct toepassen en dat, meer specifiek, onterecht wordt aangenomen dat het stedenbouwmisdrijf gekwalificeerd zou moeten worden als een handeling "in strijd met de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen, voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken" (cf. artikel 6.1.41.§1.1° VCRO).

De appelrechters beperken zich immers tot een verwijzing naar (1) de strijdigheid van de woning met de gewestplanbestemming als landschappelijk waardevol agrarisch gebied en (2) het feit dat een regularisatievergunning voor herbouwing destijds werd geweigerd op grond van de zgn. '75 %-regel'.

Hiermee miskennen de appelrechters de betekenis die aan de zinsnede "voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken" moet worden gegeven. De parlementaire voorbereiding bij deze voorwaarde maakt duidelijk dat hiermee een uitzondering is gemaakt voor zonevremde constructies waarvoor 'afwijkmogelijkheden' zijn voorzien. Initieel was deze uitzonderingsbepaling niet voorzien, maar na opmerkingen van de SARO (strategische adviesraad ruimtelijke ordening) hierover, die wees op de ongewenste effect dat nooit een meerwaardesom zou kunnen worden gevorderd voor zonevremde constructies, werd deze bepaling toegevoegd (Memorie van toelichting, *Parl.St. VI.Parl. 2008-2009, nr. 2011/1, 282*). Indien dus wordt aangetoond dat er een zonevremde afwijkmogelijkheid bestaat/bestond, waarvoor de constructie in aanmerking komt, valt men bijgevolg onder de tweede en niet de eerste categorie van bouwmisdrijven zoals bedoeld in artikel 6.1.41 § 1 VCRO.

In een arrest van 16 december 2010 (nr. ... heeft het Hof van Beroep te Gent dit overigens zelf reeds onderkend (*Gent (10^e kamer), 16 december 2010, T.M.R., 2011/2, 140 - stuk 1*).

*"Het openbaar ministerie is in navolging van de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur van oordeel dat het hier gaat om een misdrijf als bedoeld in artikel 6.1.41, § 1, eerste lid, 1° VCRO; de beklaagden menen dat het gaat om een misdrijf bedoeld in de 2° categorie. Partijen zijn het er terecht over eens dat het misdrijf niet bestaat uit handelingen in strijd met het stakingsbevel, maar wel uit het verrichten van handelingen in strijd de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen. Zij zijn het er, met verwijzing naar de memorie van toelichting *Parl.St. VI.Parl. 2008-2009, nr. 2011/1, 282*, voetnoot 423, en naar de context van deze bepaling terecht over eens dat de zinsnede "voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken", moet worden gelezen als "voor zover daarvan niet op geldige wijze kan worden afgeweken". De gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur en het openbaar ministerie gaan ervan uit dat deze zinsnede betekent dat illegale handelingen aan zonevremde constructies enkel niet onder de categorie van misdrijven vermeld onder 1° vallen in de mate dat het resultaat van die handelingen vergunbaar is. In deze interpretatie heeft de zinsnede echter geen enkele relevantie omdat in dergelijk geval een (regularisatie) vergunning kan worden gevraagd of verkregen, zodat een herstellordering niet aan de orde is of zonder voorwerp wordt. (...) Met de beklaagden neemt het hof aan dat de zinsnede handelingen aan zonevremde constructies betreft waarvoor afwijkmogelijkheden gelden, dit laatste dient te worden beoordeeld op de initieel voor het misdrijf bestaande toestand. Of de toestand tot stand gebracht door het misdrijf effectief voor*

vergunning in aanmerking komt, is hierbij niet het beoordelingscriterium. Deze interpretatie van de zinsnede "voor zover daarvan niet op geldige wijze is afgeweken" past in de logica van de bepalingen in hoofdstuk IV, afdeling 2 VCRO betreffende de basisrechten voor zonevreemde constructies. Op zich wordt niet betwist en blijkt uit het dossier dat er voor het misdrijf een bestaande woning was waarvan het verbouwen, herbouwen op dezelfde plaats, herbouwen op een gewijzigde plaats of uitbreiden onder bepaalde voorwaarden kon vergund worden." (eigen vetdruk)

Er moet derhalve worden aanvaard dat indien er vóór het plegen van het stedenbouwmisdrijf een zonevreemde woning was, waarvoor er afwijkingsmogelijkheden bestonden, het stedenbouwmisdrijf niet behoort tot de 1^e categorie van artikel 6.1.41, § 1 VCRO.

Zoals uitvoerig gemotiveerd in de conclusies voor het Hof van Beroep te Gent, is/was dat *in casu* het geval. Zoals hiervoor reeds werd uiteengezet, hadden de eisers in cassatie op de betrokken locatie een woning die afbrandde. Voor het herbouwen van deze woning kregen eisers in cassatie op 10 februari 1998 een stedenbouwkundige vergunning (strafdossier p. 14-18). Het feit dat de vergunning niet werd nageleefd door eisers in cassatie doet hier geen afbreuk aan; wat van belang is is dat er voor de initiële constructie een zonevreemde afwijkingsregeling bestond die kon worden toegepast.

Het arrest is bijgevolg niet naar recht verantwoord (schending artikel 6.1.41, § 1 VCRO).

OM DEZE REDENEN :

BEHAGE HET UW HOF

Het bestreden arrest te vernietigen en te verzenden naar een ander Hof van Beroep.

Voor eisers in cassatie,
zijn raadslieden,

2 februari 2012