Het handhavingsbeleid inzake ruimtelijke ordening opnieuw gewijzigd

Veerle TOLLENAERE
Advocaat Balie Gent
Frans BAERT & Vennoten

I. INLEIDING

1. Op 4 juni 2003 werd het decreet houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening, wat het handhavingsbeleid betreft goedgekeurd (*B.S.* 22 augustus 2003). Het decreet trad in werking op de datum van de publicatie in het Belgisch Staatsblad en het wijzigt ondertussen voor de tiende maal[1] het vermelde decreet van 18 mei 1999 (verder DORO).

Oorspronkelijk werden twee voorstellen van decreet ingediend[2]. Over beide voorstellen werden hoorzittingen gehouden en werd het advies aan de Raad van State gevraagd. Op 29 april 2003 werden zij alle twee ter stemming voorgelegd aan de commissie voor Leefmilieu, Natuurbehoud en Ruimtelijke Ordening. Enkel het tweede voorstel werd door de commissie aangenomen.

2. Die wijziging van de handhavingsregels kende in de media veel aandacht aangezien het werd aangekondigd als het "verjaringsdecreet". Zoals verder zal worden uiteengezet, verandert het wijzigingsdecreet echter niets aan de regels betreffende de verjaring van stedenbouwmisdrijven. Wel geldt voor een aantal gevallen de strafsanctie voor het instandhouden van een stedenbouwmisdrijf niet meer.

Andere belangrijke wijzigingen zijn de oprichting van een Hoge Raad voor het Herstelbeleid, het invoeren van een stedenbouwkundig attest van conformiteit en enkele aanpassingen in verband met de herstelvordering.

3. Een aantal bepalingen werden ondertussen reeds opnieuw aangepast door het op 12 november 2003 goedgekeurde decreet houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van het decreet betreffende de ruimtelijke ordening, gecoördineerd op 22 oktober 1996[3].

II. DE HOGE RAAD VOOR HET HERSTELBELEID

4. Een belangrijke innovatie is de oprichting van een gewestelijke adviesraad voor de handhavingsmaatregelen, genoemd de Hoge Raad voor het Herstelbeleid (art. 9bis DORO).

Volgens de indieners van het voorstel van decreet was er behoefte aan een autonoom en onafhankelijk orgaan dat de beslissingen van de gewestelijk stedenbouwkundige inspecteur zou evalueren. De gewestelijk stedenbouwkundig inspecteurs zouden immers, door hun zelfstandig beoordelingsrecht[4], soms in een moeilijke positie terechtkomen en er zouden zelfs reeds doodsbedreigingen aan hun adres zijn geuit[5].

Aangezien er zowel in het planningsstelsel als in het vergunningenstelsel reeds adviesorganen werden opgericht, werd ook in de handhaving voor een adviesorgaan gezorgd.

a. Het statuut van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid

5. Tijdens de parlementaire werken werd vastgesteld dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in de vorm van een adviesorgaan diende te worden opgericht en een statuut "sui generis" zou moeten krijgen. De Hoge Raad mag immers niet tot de uitvoerende macht en evenmin tot de rechterlijke macht behoren[6].

De vraag rijst of de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in elk van zijn omschreven taken wel als een louter adviesorgaan kan worden beschouwd. Bedenkingen hierover worden in deze tekst geformuleerd bij de bespreking van de fase in het herstelbeleid, waar de Hoge Raad tussenkomt. Vooral waar de tussenkomst van de Hoge Raad is voorzien bij de ambtshalve uitvoering van de opgelegde herstelmaatregel, kan het statuut moeilijk als "sui generis" worden bestempeld[7].

---

1 Zie de decreten van 28 september 1999, 22 december 1999, 26 april 2000, 8 december 2000, 13 juli 2001, 1 maart 2002, 8 maart 2002, 19 juli 2002 en 28 februari 2003: de meeste van deze decreten hebben ook betrekking op de handhaving.

2 *Parl.St.* Vl. Parl. 2002-2003, 1425/1; *Parl.St.* Vl. Parl. 2002-2003, 1566/1.

3 Decreet 21 november 2003, *B.S.* 29 januari 2004.

4 Zij beschikken immers over rechtstreeks door het decreet toegewezen bevoegdheden.

5 *Parl.St.* Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/1, 7.

6 *Parl.St.* Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/1, 7.

7 Zie randnr. 49.

b. De samenstelling

6. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid telt zeven leden, de voorzitter inbegrepen, en een vaste secretaris. Deze secretaris is niet stemgerechtigd.

De samenstelling is als volgt:

a. De voorzitter. Om als voorzitter van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid te worden benoemd moet men minstens 35 jaar oud zijn en ten minste 10 jaar het ambt van magistraat in de rechtbanken en hoven of in de Raad van State hebben bekleed;
b. Drie leden die elk gedurende ten minste 5 jaar het ambt van magistraat hebben bekleed in de rechtbanken en hoven of in de Raad van State;
c. Drie leden met elk minimaal 5 jaar relevante werkervaring inzake de ruimtelijke ordening;
d. De vaste secretaris.

7. Oorspronkelijk had men voor ogen om deze Hoge Raad pluriform samen te stellen met deskundigen inzake huisvesting, milieu, economie en wijsbegeerte of moraalwetenschappen[8]. Naderhand werd van dit standpunt afgestapt en opteerde men eerder voor het samenstellen van de Hoge Raad uit deskundigen inzake ruimtelijke ordening en magistraten[9]. Een lid mag in ieder geval geen politiek mandaat uitoefenen.

8. De stedenbouwkundig inspecteur, bevoegd voor het Vlaamse Gewest, kan de vergaderingen van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid bijwonen met raadgevende stem. Het valt te betreuren dat niet is voorzien dat de stedenbouwkundige inspecteurs, aangesteld per provincie, de vergaderingen zouden mogen bijwonen, aangezien zij de behandelaar van de dossiers zijn. Zij zullen dus gemakkelijker op vragen van de Hoge Raad zullen kunnen antwoorden, alsook de concrete situatie kunnen toelichten.

De Vlaamse regering benoemt de voorzitter, de commissarissen en de vaste secretaris volgens een procedure die zij vaststelt. Deze procedure is tot op heden niet uitgewerkt.

De leden van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid worden benoemd voor vijf jaar. Hun benoeming is hernieuwbaar. Na de hernieuwing van de Vlaamse regering kan een nieuwe Hoge Raad voor het Herstelbeleid worden benoemd.

Om geldig te kunnen beslissen moet een lid dat zijn mandaat stopzet, binnen de drie maanden worden vervangen.

c. De werking

9. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid kan voor het onderzoeken van bijzondere vraagstukken een beroep doen op externe deskundigen en kan werkgroepen oprichten onder de voorwaarden bepaald in het huishoudelijk reglement.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt zijn huishoudelijk reglement op. Dit reglement en de wijzigingen eraan worden ter goedkeuring aan de Vlaamse regering voorgelegd.

De Vlaamse regering stelt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid een permanent secretariaat en de nodige middelen ter beschikking. De Vlaamse regering bepaalt het bedrag van de vergoedingen, dat aan de leden van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid moet worden toegekend, en bepaalt hun vergoedingen voor reis- en verblijfsonkosten.

d. De taken

10. Uit het decreet blijkt dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid op twee ogenblikken tijdens het herstelbeleid kan of moet tussenkomen om advies te verlenen, nl. bij het formuleren van de herstelvordering (art. 149, §1 DORO) en bij het opstarten van een ambtshalve uitvoering van een vonnis of arrest (art. 153 DORO). Deze bepalingen treden pas in werking nadat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is opgericht en het huishoudelijk reglement is goedgekeurd.

Daarenboven kan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid advies geven, opmerkingen maken of voorstellen doen over alle aangelegenheden met betrekking tot het handhavingsbeleid, op eigen initiatief of op verzoek van het Vlaams Parlement of de Vlaamse regering. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid brengt jaarlijks een verslag uit met eventuele beleidsaanbevelingen aan de bevoegde commissie van het Vlaams Parlement (art. 9bis, §7 DORO).

Op de eerste twee taken wordt ingegaan bij de bespreking van de resp. artikelen.

11. Wel dient te worden aangestipt dat uit de parlementaire voorbereidingen blijkt dat het de bedoeling is dat enkel de belangrijke dossiers op het vlak van de ruimtelijke ordening worden voorgelegd aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid. Er wordt tevens gesuggereerd dat de Hoge Raad bij aanvang van zijn werkzaamheden een aantal objectieve criteria zal bepalen, zoals de zwaarte van het stedenbouwkundig misdrijf en het ogenblik waarop het stedenbouwkundig misdrijf is gepleegd[10]. De concrete in-

---

8 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/1, 9.

9 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 27.

10 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 7; *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 16.

vulling van de taak van de Hoge Raad zal dus pas blijken op het ogenblik dat deze wordt geïnstalleerd. De vraag zal in elk geval rijzen of deze Hoge Raad de mogelijkheid zal hebben om alle dossiers op een voldoende grondige wijze door te nemen.

12. De Vlaamse regering kan nadere regels vaststellen inzake de organisatie en de werkwijze van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

III. VERMOEDEN DAT DE CONSTRUCTIE ALS VERGUND MOET WORDEN BESCHOUWD

13. Art. 96, §4, eerste lid DORO bepaalt dat de constructies waarvan door enig bewijsmiddel wordt aangetoond dat ze gebouwd zijn voor de inwerkingtreding van de wet van 29 maart 1962 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw (verder Stedenbouwwet), in het vergunningenregister de vermelding krijgen dat de constructie als vergund moet worden beschouwd.

14. Thans bepaalt art. 96, §4 DORO in een tweede lid dat de constructies, waarvan door enig bewijsmateriaal wordt aangetoond dat ze gebouwd zijn na de inwerkingtreding van de vermelde wet, maar die dateren van voor de allereerste, definitieve vaststelling van het gewestplan waarbinnen zij gelegen zijn, in het vergunningenregister de vermelding krijgen dat er een vermoeden bestaat dat de constructies als vergund moeten worden beschouwd. De overheid krijgt wel de mogelijkheid om aan te tonen dat de constructie in overtreding werd opgericht. Zij kan hier alle bewijsmateriaal voor gebruiken, behoudens getuigenverklaringen. Als voorbeeld wordt in deze bepaling vermeld: een goedgekeurd bouwplan, een proces-verbaal of een bezwaarschrift.

Een goedgekeurd bouwplan zal uiteraard enkel als bewijsmateriaal kunnen worden ingeroepen indien het bouwplan niet werd gevolgd.

Deze bepaling werd ingevoerd omdat voor de periode tussen het inwerkingtreden van de Stedenbouwwet en de totstandkoming van de gewestplannen de gemeentelijke archieven onvoldoende nauwkeurig zouden zijn bijgehouden. Om deze reden wordt de bewijslast omgekeerd: het zal aan de overheid zijn om aan te tonen dat de constructie in overtreding werd opgericht. Dit weliswaar alleen indien de eigenaar zelf eerst aantoont dat de constructies gebouwd zijn na de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet.

Het is dus in elk geval aan de eigenaar zelf om de concrete datum van oprichting aan te tonen. Ofwel is dit voor de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet, en dan is art. 96, §4, eerste lid DORO van toepassing, ofwel is dit na de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet en dan is het nieuwe tweede lid van toepassing.

15. Eens een persoon er dus in slaagt om te bewijzen dat een constructie werd opgericht na het inwerkingtreden van de Stedenbouwwet, kan onmiddellijk ook worden vastgesteld of een bouwvergunning verplicht was of niet. Indien de bouwvergunning verplicht was, maar er in het betreffende geval geen bouwvergunning en dus geen vergunde plannen voorliggen, is het aan de overheid om aan te tonen dat de constructie in overtreding werd opgericht.

Door het nieuwe tweede lid van par. 4 in art. 96 DORO wordt een dergelijke constructie, indien de overheid er niet in slaagt dit bewijs te leveren, als vergund beschouwd.

Indien er nooit een vergunning werd aangevraagd, zal de overheid uiteraard geen goedgekeurd bouwplan kunnen voorleggen. Behalve een eventueel proces-verbaal, zal de overheid er niet of in elk geval slechts zeer moeilijk in slagen om, bij gebrek aan vergunning(saanvraag), een bewijs te leveren.

16. De gebouwen die tussen de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet en het van toepassing zijnde gewestplan werden opgericht zonder vergunning, worden thans dus als vergund beschouwd. De gebouwen die tussen de inwerkingtreding van de Stedenbouwwet en het van toepassing zijnde gewestplan werden opgericht met vergunning, maar waarvan de vergunning niet werd nageleefd, worden als opgericht zonder vergunning beschouwd[11].

Dit onderscheid lijkt niet te zijn gebaseerd op een objectief criterium, waardoor het gelijkheidsbeginsel lijkt geschonden.

Ook het feit dat een constructie, zonder vergunning opgetrokken de dag voor het totstandkomen van het gewestplan, anders zou worden beoordeeld dan een constructie, zonder vergunning opgetrokken de dag na het totstandkomen van het gewestplan, lijkt strijdig te zijn met het gelijkheidsbeginsel. Het gewestplan wijzigt op zich immers helemaal niets aan de vergunningstoestand van de constructie.

IV. HET STEDENBOUWKUNDIG ATTEST VAN CONFORMITEIT

17. Aan art. 105, §3 DORO wordt een tweede lid toegevoegd dat voorziet in de mogelijkheid voor de Vlaamse regering om te bepalen dat bij het verlenen van een stedenbouwkundige vergunning voor het uitvoeren van werken, waarvoor de medewerking van een architect is

[11] G. DEBERSAQUES, B. HUBEAU en P. LEFRANC, *De sanctionering van stedenbouwmisdrijven*, Die Keure, Brugge, 2001, 30, nr. 38.

vereist, een financiële waarborg wordt gestort door de bouwheer. Deze waarborg komt pas vrij nadat de op een bepaald tijdstip uitgevoerde werken conform zijn verklaard met de verleende stedenbouwkundige vergunning. De Vlaamse regering stelt de nadere regels en de procedure voor dit stedenbouwkundig attest van conformiteit vast.

18. Naar aanleiding van een opmerking van de Raad van State, werd door de decreetgever verduidelijkt dat de waarborg door de bouwheer moet worden gestort. De Raad van State merkte eveneens op dat uit de bepaling niet blijkt wie moet instaan voor het afgeven van het attest. In de goedgekeurde bepaling werd, om dit op te vangen, opgenomen dat de nadere regels en de procedure door de Vlaamse regering zullen worden vastgesteld.

19. Verschillende vragen zullen door de Vlaamse regering dus nog moeten worden opgelost.

- Allereerst zal moeten worden omschreven wat een conforme uitvoering precies inhoudt. In de rechtspraak rees bijvoorbeeld in het verleden reeds de vraag of onvoorziene omstandigheden tijdens de uitvoering van de werken[12], nog als een conforme uitvoering kon worden beschouwd. De rechtspraak oordeelde dat het irrelevant was dat de afbraak onontbeerlijk was voor de stabiliteit van het gebouw of dat de noodzaak van de sloping pas tijdens de uitvoering van de werken zou zijn gebleken[13]. Duidelijkheid hierover in het besluit, zal veel discussies in de toekomst vermijden.

- Vervolgens zal moeten worden bepaald wie het attest kan afleveren: de verantwoordelijke architect, een andere architect of de vergunningverlenende overheid. Het lijkt logisch om de architect die de controle op de werken heeft uitgevoerd (en doorgaans ook de plannen en het aanvraagdossier zal hebben opgesteld), een dergelijk attest te laten afleveren. Het zit in de wettelijke taak van de architect begrepen om controle uit te oefenen op de correcte uitvoering van de stedenbouwkundige vergunning[14]. De medewerking van een architect aan de bouw zou dus een voldoende garantie moeten zijn voor de conforme uitvoering van een vergunning en dus voor het niet aanwezig zijn van stedenbouwkundige inbreuken. De vraag kan rijzen waarom dit nog in een attest dient te worden bevestigd. In elk geval impliceert het niet opstellen van een attest dat de architect toegeeft fouten te hebben begaan, en dat hij dus strafrechtelijk sanctioneerbaar wordt. In dat geval keert hij zich ook tegen zijn eigen opdrachtgever, de bouwheer.

  Waar het inschakelen van een derde (een andere architect of de overheid) wellicht als meest objectief is te beschouwen, lijken hier toch enkele problemen te rijzen. Andere architecten zullen niet geneigd zijn om het werk van een collega te komen controleren, indien er al geen deontologische bezwaren rijzen. De Orde van Architecten zal in dat geval bij de uitvoering van het decreet dienen te worden betrokken. Bovendien zal dit voor de bouwheer bijkomende kosten meebrengen.

  De overheid zelf beschikt op dit ogenblik niet over de nodige middelen en mensen om alle vaststellingen te doen. Het moet immers de bedoeling blijven om preventief – dus tijdens de uitvoering van de werken – in te grijpen, en niet pas op het ogenblik dat de volledige constructie is opgericht. Het kan niet de bedoeling zijn van het decreet dat de nadruk door de overheid wordt verlegd naar het repressief beleid, post factum
  De overheid zal in ieder geval al bijkomend werk krijgen, bijvoorbeeld nagaan of er binnen een redelijke termijn een stedenbouwkundig attest van conformiteit werd afgeleverd en of de waarborgsom kan worden teruggestort.

- Een andere vraag die moet worden opgelost, is wat het attest precies moet bevatten. Rekening houdend met de bedoeling van het attest, zal het enkel kunnen bepalen dat de werken conform zijn uitgevoerd. Er zal ook dienen te worden bepaald, wat er moet gebeuren indien de "controleur" vaststelt dat de werken niet conform zijn gebeurd. Kan er een negatief attest worden opgesteld en moet dit attest dan een opsomming bevatten van de punten die afwijken van de verleende vergunning? Indien de controlerende architect een dergelijk negatief attest opstelt, geeft hij uiteraard nog meer expliciet toe dat hij (strafbare) fouten heeft gemaakt. Een dergelijke verklaring zal dus niet vlug worden opgesteld.

  In de gevallen dat er geen attest wordt afgeleverd of een "negatief attest", zal de overheid weliswaar haar verantwoordelijkheid moeten nemen. Zij zal iemand ter plaatse moeten sturen en vervolgens meedelen dat er een strafrechtelijke verantwoordelijkheid rust op het hoofd van de bouwheer, de architect en eventuele andere partijen. Tevens kan zij de bouwheer aanraden een regularisatievergunning aan te vragen, die op zich uiteraard niet de strafrechtelijke verantwoordelijkheid doet verdwijnen.

---

[12] De bouwheer beslist bijvoorbeeld om een plots "omvergewaaide" muur op dezelfde plaats op te richten, al dan niet met hetzelfde materiaal.

[13] Antwerpen 26 maart 1997, *T.M.R.* 1998, 113; zie ook R. VEKEMAN, "Het begrip 'verbouwen'", noot onder Brussel 13 maart 1997, *T.R.O.S.* 1997, 280

[14] Art. 4 van de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van de titel en van het beroep van architect stelt immers: *"De Staat, de provincies, de gemeenten , de openbare instellingen en de particulieren moeten een beroep doen op de medewerking van een architect voor het opmaken van de plans en de controle op de uitvoering van de werken, voor welke door de wetten, besluiten en reglementen een voorafgaande aanvraag om toelating tot bouwen is opgelegd…"* .

- In het geval geen attest wordt afgeleverd, of een negatief attest, zal de waarborgsom niet kunnen worden teruggestort. De vraag zal moeten worden beantwoord of het college van burgemeester en schepenen een discretionaire bevoegdheid zal hebben over de terugbetaling van de waarborgsom. Zullen bepaalde opmerkingen bijvoorbeeld toch tot de teruggave van de waarborg aanleiding kunnen geven[15]?

- Duidelijk zal moeten worden bepaald bij wie en hoe de waarborg moet worden vastgelegd. De som zal best bij de gemeentelijke overheid dienen te worden gestort[16], desgevallend op een rubriekrekening.

- Discussie zal ook rijzen over de vraag welk bedrag de waarborg moet betreffen. In ieder geval kan het niet de bedoeling zijn dat de bouwheer een bijkomende lening moet aangaan.

  Een te lage waarborgsom zal de bouwheer zelf niet aanzetten om aan te dringen op het attest. De som moet dus voldoende hoog zijn om de bouwheer aan te zetten het nodige te doen om het geld te recupereren, nl. het correct (laten) uitvoeren van de plannen.

  Het niet terugbetaald zijn van de waarborg zal in ieder geval voor de overheid, bij wie de som vermoedelijk zal moeten worden gestort, een signaal zijn dat er iets fout gelopen is. Op dat ogenblik zal de overheid de nodige stappen moeten ondernemen. Zoniet zal de invoering van het stedenbouwkundig attest van conformiteit zijn doel volledig voorbijstreven.

  Indien de controlerende architect het attest dient op te stellen, zal op hem ook de druk rusten om de werken volledig conform te laten uitvoeren en steeds tijdig in te grijpen als dit niet het geval zou blijken te zijn. Bij het bepalen van het bedrag van de waarborgsom, zal ook hiermee rekening kunnen worden gehouden.

- Het gevolg van de invoering van dit attest, lijkt wel te zijn dat de architect veel meer in de strafprocedures zal moeten worden betrokken. Indien hij een attest heeft afgeleverd, en achteraf blijkt dat de werken toch niet conform werden uitgevoerd, ligt de fout overduidelijk ook bij hem. Het zal desgevallend aan hem zijn aan te tonen dat de werken werden uitgevoerd na het opstellen van het attest. Dit bewijs zal niet steeds gemakkelijk te leveren zijn.

- Belangrijk zal tenslotte ook zijn te bepalen wanneer het attest dient te worden opgemaakt. De enige nuttige datum lijkt het ogenblik te zijn waarop alle werken uitgevoerd zijn en niet, zoals tijdens de parlementaire bespreking op een bepaald ogenblik werd voorgesteld, na het uitvoeren van de ruwbouwwerken.

20. Bij decreet van 12 november 2003 werd art. 105 §3 DORO gewijzigd en luidt thans als volgt:

"De Vlaamse regering kan bepalen voor welke werken, handelingen of wijzigingen waarvoor de medewerking van een architect is vereist, een stedenbouwkundig attest van conformiteit moet worden opgemaakt, door welke instantie of instanties dit attest wordt opgemaakt alsmede wanneer het attest wordt opgemaakt. De Vlaamse regering kan bepalen dat de aanvrager voor deze werken, handelingen of wijzigingen, of voor een deel ervan, een financiële waarborg stort die pas vrijkomt nadat het stedenbouwkundig attest van conformiteit is opgemaakt. De Vlaamse regering stelt de nadere regels en de procedure voor dit stedenbouwkundig attest van conformiteit en de financiële waarborg vast.

Zolang de Vlaamse regering geen regels en procedure heeft vastgesteld kan de gemeenteraad in een stedenbouwkundige verordening een eigen regeling terzake treffen. De gemeenteraad kan ook in een stedenbouwkundige verordening de Vlaamse regeling aanvullen."

Een aantal van de vermelde probleempunten worden hierin uitdrukkelijk vermeld. Bovendien wordt thans de mogelijkheid voorzien dat de gemeenteraad een eigen regeling kan treffen in een stedenbouwkundige verordening, zolang de Vlaamse regering geen uitvoeringsbesluit heeft goedgekeurd en nadien om de Vlaamse regeling aan te vullen. In dit laatste geval zal de gemeentelijke overheid dus niet van de Vlaamse regeling kunnen afwijken, maar enkel deze kunnen aanvullen.

V. DE STRAFSANCTIE VOOR HET INSTANDHOUDEN VAN EEN STEDENBOUWMISDRIJF

21. Aan art. 146 DORO wordt door het decreet van 4 juni 2003 een derde en vierde lid toegevoegd. Art. 146 DORO somt de inbreuken op en bepaalt de strafsancties in het DORO. Het derde lid bepaalt thans dat voor bepaalde van deze inbreuken, nl. deze uit art. 146, eerste lid, 1°, 2°, 3°, 6° en 7° DORO de strafsanctie voor het instandhouden niet geldt voorzover de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik,

- niet gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden, of
- geen onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder veroorzaken voor de omwonenden, of
- geen ernstige inbreuk vormen op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg.

---

[15] Bijvoorbeeld een raam dat 3 centimeter hoger dan op de vergunde plannen is uitgevoerd.

[16] Ook al zou de vergunning zijn afgeleverd door de Bestendige Deputatie of de Minister. Indien de vergunning door de stedenbouwkundig ambtenaar is afgeleverd, zal de storting van de waarborg best via hem verlopen.

De inbreuken in art. 146, eerste lid, 4° en 5° DORO zijn niet in de opsomming opgenomen. Art. 146, eerste lid, 4° betreft de inbreuk op de informatieplicht en art. 146, eerste lid, 5° betreft de voortzetting in strijd met het bevel tot staking, de bekrachtigingsbeslissing of, in voorkomend geval, de beschikking in kort geding.

22. Het artikel bepaalt dus enkel dat de strafsanctie *niet geldt* voor bepaalde inbreuken. De inbreuken blijven als dusdanig dus wel bestaan, enkel de strafsanctie geldt niet. Dit kan enkel worden geklasseerd als een strafuitsluitingsgrond[17].

23. Dit laatste houdt dus in dat het herstel nog steeds kan worden opgelegd. Art. 149 DORO bepaalt immers dat naast de straf een herstelmaatregel kan worden opgelegd (zie verder). Deze herstelmaatregel is een burgerrechtelijke maatregel die de teruggaveplicht omvat[18], nl. om de gevolgen van het misdrijf weg te nemen. Aangezien art. 146, derde lid DORO inhoudt dat de inbreuk, dus het misdrijf blijft bestaan, moet de teruggave – indien zij wordt gevorderd – nog worden bevolen.

De bedoeling van de decreetgever was enkel en alleen gericht op de verjaring van "het stedenbouwmisdrijf" en dus op de bestraffing en nergens werd aandacht besteed aan de gevolgen van dit misdrijf die nog moeten worden weggenomen in het kader van het algemeen belang.

De decreetgever gebruikt tijdens de parlementaire voorbereidingen verkeerdelijk de term "verjaring" van "het stedenbouwmisdrijf". Aan de verjaringsregels is echter niets gewijzigd.

De inbreuk zelf blijft bestaan en blijft aan de gewone verjaringsregels onderworpen. Ook onder de vroegere tekst van art. 146 DORO verjaarde bijvoorbeeld het oprichten van een bouwwerk in strijd met vermeld artikel, na vijf jaar. Enkel het instandhouden van het bouwwerk bleef dan strafbaar, aangezien dit een voortdurend misdrijf is.

24. In het decreet van 4 juni 2003 wordt thans enkel bepaald dat de instandhouding van de inbreuk, wat als een misdrijf op zich is te beschouwen, niet meer kan worden bestraft in bepaalde gevallen. Het decreet haalt niet de instandhouding aldusdanig uit het strafrecht. De decreetgever behoudt dit heel nadrukkelijk wel in de strafbepalingen en spreekt in art. 146, lid 3 DORO zelfs nog over "een inbreuk" (waarvoor de strafsanctie in bepaalde gevallen niet geldt).

25. Er zijn in art. 146, lid 3 DORO drie situaties voorzien waarbij de strafsanctie voor het instandhouden blijft gelden. Zij worden negatief omschreven.

– de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik zijn niet gelegen in de ruimtelijk kwetsbare gebieden

Art. 146, lid 4 DORO bepaalt wat precies onder deze ruimtelijk kwetsbare gebieden moet worden verstaan, nl. de groengebieden, natuurgebieden, natuurgebieden met wetenschappelijke waarde, natuurreservaten, natuurontwikkelingsgebieden, parkgebieden, bosgebieden, valleigebieden, brongebieden, agrarische gebieden met ecologische waarde of belang, agrarische gebieden met bijzondere waarde, grote eenheden natuur, grote eenheden natuur in ontwikkeling en de ermee vergelijkbare gebieden, aangewezen in ruimtelijke uitvoeringsplannen[19] of plannen van aanleg, alsook de beschermde duingebieden en voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden, aangewezen krachtens het decreet van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustduinen.[20]

Indien de inbreuk dus is te situeren in één van deze gebieden, blijft de strafsanctie voor het instandhouden van de inbreuken opgesomd in het eerste lid van art. 146 DORO gelden.

– de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik veroorzaken geen onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor de omwonenden

De Raad van State stelde in zijn advies nr. 35.288/1 dat het legaliteitsbeginsel in strafzaken vereist dat het strafbaar feit op een voldoende precieze manier wordt omschreven. De omschrijving liet volgens de Raad een te grote beoordelingsruimte voor de strafrechter en beantwoordde niet

---

17 Gent (10e kamer), 10 oktober 2003, onuitg.; Gent (10e kamer), 7 november 2003; onuitg.; Gent 2 januari 2004, onuitg. (*Ingevolge art. 2, lid 2 Sw. wordt een nieuwe wet die een strafuitsluitingsgrond invoert met terugwerkende kracht toegepast, voorzover deze wet niet het onbetwistbaar oogmerk heeft die strafuitsluitingsgrond niet te zien toepassen op de onder de oude wet gepleegde misdrijven. Uit de parlementaire besprekingen en het tot stand gebrachte handhavingsbeleid volgt integendeel dat het inzicht van de decreetgever omtrent de strafwaardigheid van het feit is gewijzigd*).

18 Cfr. Art. 44 Sw.

19 Oorspronkelijk voorzag het decreet van 4 juni 2003 enkel de plannen van aanleg. Bij het decreet goedgekeurd op 12 november 2003, werden hier ook de ruimtelijke uitvoeringsplannen aan toegevoegd.

20 Wat onder "agrarische gebieden met bijzondere waarde" en de "daarmee vergelijkbare gebieden" dient te worden beschouwd, is niet volledig duidelijk. Bij nazicht van de verschillende gewestplannen blijken er geen gebieden te zijn afgebakend waarop het bestemmingsvoorschrift 'agrarisch gebied met bijzondere waarde' van toepassing is. Wel zijn er een aantal 'vergelijkbare gebieden', zoals een bouwvrij agrarisch gebied, agrarische gebieden met overdruk valleigebied, agrarische gebieden met als overdruk vallei- of brongebied, landbouwgebied met culturele historische en/of esthetische waarden.

aan de precieze afbakening van de strafbare gedraging waartoe het legaliteitsbeginsel in strafzaken noopt[21].

Teneinde hieraan tegemoet te komen en dus rekening te houden met een ruimere context, wordt de oorspronkelijke term "buren" vervangen door "omwonenden"[22]. Met de omwonenden worden volgens de parlementaire voorbereidingen diegenen bedoeld die rechtstreeks belang kunnen hebben bij een eventueel misdrijf[23] [24].

Deze aanpassing kan geenszins als een tegemoetkoming aan de opmerking van de Raad van State worden beschouwd.

Het is niet de term "buren" die tot een onvoldoende precieze afbakening van de strafbare gedraging was te beschouwen, maar wel de term "onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder". Deze vage term bleef echter in het decreet staan.

In de parlementaire voorbereidingen wordt gesteld dat deze voorwaarde wel duidelijk en zeer goed bepaald is, en wordt er verwezen naar de rechtspraak en rechtsleer over het art. 544 B.W. en 1382 B.W. waaruit blijkt dat men niets mag uitvoeren dat de maat van de gewone ongemakken van nabuurschap overschrijdt[25].

Deze rechtspraak en rechtsleer duiden echter op een duidelijke manier aan welke discussies kunnen rijzen over een dergelijk vaag begrip. Uit deze rechtspraak en rechtsleer blijkt immers overduidelijk dat niet eenduidig kan worden bepaald wanneer er sprake is van een overschrijding van de normale ongemakken van nabuurschap. De beoordeling ligt volledig bij de rechter en dient geval per geval te worden beoordeeld.

Bovendien komt deze rechtspraak en rechtsleer uit het burgerlijk recht. Art. 146 DORO houdt een strafbepaling in, toepasselijk wanneer een inbreuk (dus een misdrijf) door een persoon wordt gepleegd. Op basis van art. 544 B.W. kunnen burgerlijke vorderingen wegens burenhinder worden ingediend, die kunnen worden ingewilligd zelfs zonder dat er sprake is van enige fout. De straf en de herstelmaatregel worden opgelegd wegens een strafrechtelijk gesanctioneerde krenking van de goede ruimtelijke ordening, dus van het algemeen belang.

Art. 146 DORO kadert trouwens specifiek in het stedenbouwrecht, wat wordt benadrukt door het woord "stedenbouwkundig" in "onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder". Enkel de bovenmatige hinder die stedenbouwkundig is, kan worden bedoeld. De rechtspraak en rechtsleer die betrekking heeft op "de maat die de normale ongemakken van nabuurschap overschrijdt", en die dus louter betrekking heeft op particuliere belangen, kan niet naar analogie worden toegepast op de gevallen waarin enkel stedenbouwkundige hinder een rol mag en kan spelen.

Het blijft trouwens duidelijk dat de buren of omwonenden steeds de mogelijkheid blijven hebben om zich wegens burenhinder te wenden tot de burgerlijke rechter.

Tijdens de verdere parlementaire bespreking wordt toegegeven dat de voorschriften vatbaar zijn voor interpretatie[26]. Alles vastleggen in kwalitatieve normen werd niet mogelijk en niet billijk geacht en bijgevolg niet in functie van een goede ruimtelijk ordening. Er werd besloten dat er geen andere mogelijkheid is dan bepalingen opleggen met begrippen die een beoordeling, waardebepaling en nuancering mogelijk maken op basis van de goede ruimtelijke ordening én het nabuurschap.

Het verband dat in art. 146 DORO gelegd wordt tussen de stedenbouwkundige hinder en de omwonenden, wordt nergens verduidelijkt. De vraag rijst of stedenbouwkundige hinder anders is indien er omwonenden zijn, dan indien er geen omwonenden zijn. De correctionele rechtbank van Dendermonde formuleerde in een vonnis van 20 oktober 2003 hieromtrent een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof, waarin gevraagd wordt of het gelijkheidsbeginsel wordt geschonden:

'Doordat de strafbaarheid van de instandhouding van een stedenbouwmisdrijf afhankelijk wordt gemaakt van het aanwezig zijn van omwonenden en het veroorzaken van onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor die omwonenden zodat er een ongelijke behandeling bestaat tussen personen die een stedenbouwmisdrijf hebben gepleegd dat geen onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor omwonenden veroorzaakt (en die dus niet voor de instandhouding van de onwettige toestand kunnen worden gestraft) en personen die een stedenbouwmisdrijf hebben gepleegd dat echter wel onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor omwonenden veroorzaakt (en die dus wel voor de instandhouding van de onwettige toestand kunnen worden gestraft), zonder dat dit verschil in behandeling berust op een objectief criterium en het redelijk verantwoord is."[27]

---

21 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/4, 10.

22 Er wordt hier verwezen naar de rechtspraak van de Raad van State (*Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 15); zie ook *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 32.

23 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 19.

24 Iemand die geen rechtstreekse buur is, omdat er bijvoorbeeld nog een woning tussenligt, kan ook hinder ondervinden van een appartementsgebouw dat aangetast is door een bouwmisdrijf (*Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 19).

25 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 15.

26 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 26.

27 *B.S*. 31 december 2003.

Uit het decreet blijkt evenmin op welk tijdstip de onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder moet bestaan: op het ogenblik van het oorspronkelijke stedenbouwmisdrijf, of op een later moment. Aangezien de bepaling werd opgenomen in het kader van het al dan niet strafbaar zijn van het misdrijf van instandhouding, lijkt in geen geval voor de eerste optie te kunnen worden gekozen.

De rechtspraak en rechtsleer in verband met de burenhinder, verduidelijkt dus geenszins de draagwijdte van de "onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor de omwonenden". Wat precies onder stedenbouwkundige hinder is te begrijpen, blijft dus onduidelijk en zal enkel kunnen worden ingevuld door de rechter. De legaliteitskritiek van de Raad van State blijft bestaan[28].

– de handelingen, werken, wijzigingen of het strijdige gebruik vormen geen ernstige inbreuk op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het RUP of plan van aanleg

Ook deze bepaling is verre van een duidelijke, concrete omschrijving van een misdrijf te beschouwen. Wat is bijvoorbeeld een ernstige inbreuk en wat zijn essentiële stedenbouwkundige voorschriften?

Als voorbeeld werd tijdens de parlementaire bespreking gegeven: het – in strijd met de toegestane bouwvergunning – bouwen met een bouwdiepte die aanzienlijk groter is dan de in een BPA bepaalde diepte, bijvoorbeeld 30 in plaats van 20 meter; het moet gaan om een ernstige inbreuk, dus niet om een afwijking van een halve meter op de bouwdiepte. Een tuinhuisje met een hoogte van 2.10 meter in plaats van de opgelegde 2 meter zou niet als een ernstige inbreuk op een essentieel stedenbouwkundig voorschrift worden beschouwd[29].

Het opdelen van een woning in verschillende woongelegenheden voor de definitieve vaststelling van het gewestplan, hoeft voor de minister dan weer geen inbreuk te zijn op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake bestemming te zijn.

Uit deze beperkte voorbeelden blijkt een ernstige inbreuk op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming evenmin als een concrete omschrijving van een strafbaar feit te kunnen worden beschouwd. Zal bijvoorbeeld een afwijking op de bouwdiepte van een halve meter hieronder niet worden begrepen, wat dan met een bouwdiepte van één meter of anderhalve meter? Waar zal de grens worden getrokken? Dit is volledig in te vullen door de rechter en schendt dus het legaliteitsbeginsel.

Uit de aard van de voorbeelden (over bouwdiepte, bouwhoogte, enz…) en uit de concrete bewoordingen van de tekst, kan worden afgeleid dat een zonevreemde constructie steeds als een ernstige inbreuk op essentiële stedenbouwkundige inbreuken te beschouwen is. Een werk, handeling, wijziging in strijd met de volledige bestemming van het gebied, zal uiteraard ook in strijd zijn met de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming. Hieraan kan onmogelijk worden getwijfeld. Een inbreuk op essentiële stedenbouwkundige voorschriften zal in dat geval trouwens niet anders dan als ernstig kunnen worden beschouwd. Er zijn geen gradaties in de inbreuken te onderscheiden: ofwel is het werk, de handeling of wijziging zonevreemd, ofwel niet.

26. De correctionele rechtbank te Gent stelde in een vonnis van 23 september 2003 aan het Arbitragehof volgende prejudiciële vragen in verband met art. 146, derde lid DORO[30]:

"Schendt artikel 146 derde lid van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening zoals gewijzigd bij decreet van 4 juni 2003 het wettigheidsbeginsel in strafzaken, gewaarborgd bij de artikelen 12, tweede lid en 14 van de Grondwet alsmede bij art. 7 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en art. 15 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten."[31]

"Schendt artikel 146 derde lid van het Decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening zoals gewijzigd bij decreet van 4 juni 2003 door het invoeren van een onzekere strafbaarstelling, het gelijkheids- en nondiscriminatiebeginsel gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 van de Grondwet?"

VI. DE HERSTELVORDERING

27. Art. 149,§1, eerste lid DORO luidde voor het decreet van 4 juni 2003 als volgt (dit was een letterlijke overname van de Stedenbouwwet):

"Naast de straf beveelt de rechtbank, op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur, of van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente in wier grondgebied de werken, handelingen of wijzigingen, bedoeld in art. 146, werden uitgevoerd, de plaats in de oorspronkelijke toestand te herstellen of het strijdige gebruik te staken, en/of bouw- of aanpassingswerken uit te

---

28 Als voorbeeld werd tijdens de voorbereidende werken het bouwen – in strijd met de toegestane bouwvergunning – van een (appartements)gebouw met twee bouwlagen hoger dan de omliggende woningen gegeven (*Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 15). Voor de buren zal dit niet steeds een hinder meebrengen die de maat van de gewone ongemakken overschrijdt (vb. er wordt weinig of geen licht of zicht weggenomen), terwijl dit stedenbouwkundig wel een grote hinder kan vormen.

29 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 15.

30 *B.S*. 7 november 2003.

31 Eenzelfde vraag werd gesteld in het vermelde vonnis van de correctionele rechtbank te Dendermonde van 20 oktober 2003.

voeren en/of een geldsom te betalen gelijk aan de meerwaarde die het goed door het misdrijf heeft verkregen."

Sinds het wijzigingsdecreet van 4 juni 2003 luidt deze bepaling:

"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. Dit gebeurt op vordering van de stedenbouwkundig inspecteur of van het college van burgemeester en schepenen op wier grondgebied de werken, handelingen of wijzigingen, bedoeld in artikel 146, werden uitgevoerd. Indien deze inbreuken dateren van voor 1 mei 2000 is voorafgaand een eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid vereist."

a. Wettigheidsbeoordeling versus opportuniteitstoets

28. Art. 149, §1 DORO zoals gelibelleerd onder het decreet van 18 mei 1999 stelde: "naast de straf beveelt de rechtbank, op vordering van …". Het decreet van 4 juni 2003 wijzigt art. 149, §1 DORO en bepaalt thans dat de rechtbank, naast de straf een herstelmaatregel "kan" bevelen. Uit de wijziging van "bevelen" naar "kan bevelen", besluiten sommigen ten onrechte dat de decreetgever voor ogen had om de hoven en rechtbanken toe te laten de gevorderde herstelmaatregel op zijn opportuniteit te beoordelen. Zij baseren zich hiervoor op de parlementaire voorbereidingen, maar gaan voorbij aan de letterlijke tekst van het decreet en de beginselen van de rechtsstaat die de verhoudingen tussen de bestuurlijke overheid en de rechtscolleges regelen.

Vooraf is het nuttig om aan te stippen dat sinds het principsarrest van 4 december 1990 van het Hof van Cassatie het vaste rechtspraak is dat het tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht hoort om de herstelvordering enkel op haar interne en externe wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze conform de wet is dan wel op machtsoverschrijding of machtsafwending berust[32].

29. Volgende argumenten kunnen worden geformuleerd om aan te tonen dat een opportuniteitsbeoordeling door de hoven en rechtbanken ook onder het nieuwe art. 149§1 DORO onmogelijk is:

- Het is van essentieel belang aan te stippen dat de herstelmaatregel enkel kan worden uitgesproken op vordering van de stedenbouwkundig inspecteur of van het college van burgemeester en schepenen op wier grondgebied de inbreuk(en) werd(en) uitgevoerd[33]. Dit wordt uitdrukkelijk door het decreet van 4 juni 2003 behouden. De rechter kan dit dus niet ambtshalve.

De stedenbouwkundig inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen beslissen derhalve zelf of ze al dan niet een herstelmaatregel zullen vorderen en, zo ja, welke die zal zijn: uitsluitend de administratieve overheid is bevoegd om te bepalen hoe de overtreding zal worden hersteld met het oog op de vereisten van de goede ruimtelijke ordening[34].

Het Arbitragehof oordeelde op 21 maart 1996[35] dat het eigen is aan de wet houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw dat de stedenbouwkundige beoordeling wordt voorbehouden aan de bestuurlijke overheid, die oordeelt op grond van het algemeen belang. De herstelvordering mag enkel en alleen ingegeven zijn door motieven die verband houden met de ruimtelijke ordening. Indien blijkt dat dit niet het geval is, moeten de hoven en de rechtbanken de vordering, met toepassing van art. 159 G.W. buiten toepassing laten.

Het Arbitragehof bevestigde onder meer in zijn arrest van 28 maart 2002[36] dat het inzake stedenbouw en ruimtelijke ordening van essentieel belang is dat de beoordeling wordt overgelaten aan een overheid die oordeelt op grond van het algemeen belang. De herstelmaatregelen kunnen slechts worden bevolen op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen, aangezien hun optreden steunt op hun wettelijke opdracht om het algemeen stedenbouwkundig belang te behartigen. Het zou dan ook in strijd zijn met deze wettelijke opdracht en het algemeen belang om de rechter toe te laten het gevorderde herstel te wijzigen en een minder verregaande maatregel op te leggen.

Het Arbitragehof oordeelde in zijn arrest van 28 maart 2002 verder dat de rechter zich bij de beoordeling van een herstelvordering niet mag begeven op het terrein van de opportuniteit, omdat dat erop zou neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges. Noch art. 6.1. EVRM,

---

32 Cass. 4 december 1990, *Arr.Cass.* 1990-1991, 368; Cass. 15 mei 1994, *Arr.Cass.* 1994, 619; Cass. 7 september 1994, *Arr. Cass.* 1994,701; Cass. 16 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 481; Cass. 18 oktober 1995, *Arr. Cass.* 1995, 896; Zie ook Arbitragehof nr. 21/96, 21 maart 1996.

33 De rechtbank kan uiteraard ook een herstelmaatregel opleggen op vordering van een derde benadeelde (zie verder).

34 G. DEBERSAQUES, B. HUBEAU en P. LEFRANC, *De sanctionering van stedenbouwmisdrijven*, Die Keure, Brugge, 2001, 130-131, nr. 219.

35 Arbitragehof nr. 21/96, 21 maart 1996.

36 Arbitragehof nr. 57/2002, 28 maart 2002.

noch art. 144 G.W. vereisen dat de opportuniteit van een bestuurshandeling aan de controle van de rechter kan worden onderworpen[37] .

Ook in een recent arrest bevestigde het Arbitragehof[38] nogmaals dat het algemeen stedenbouwkundig belang behartigd wordt door de stedenbouwkundige inspecteur en het College van Burgemeester en Schepenen. Dit vloeit voort uit het feit dat de ruimtelijke ordening, en dus de keuze van de herstelmaatregel, behoort tot bevoegdheid van de gewesten[39].

De stedenbouwkundige beoordeling ter vrijwaring van de goede ruimtelijke ordening wordt dus voorbehouden aan de bestuurlijke overheid. Het ongedaan maken van de gevolgen van een stedenbouwmisdrijf is een louter stedenbouwkundige beoordeling, die enkel door deze bestuurlijke overheid kan gebeuren.

Door het invoeren van het woord "kan" in 149, §1 DORO kan aan vermelde beginselen niets worden gewijzigd. Art. 149, §1 DORO thans lezen als een invoering van de opportuniteitsbeoordeling door de rechter, komt in strijd met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges en dus de beginselen van onze rechtsstaat.

- De bedoeling van de decreetgever wordt trouwens bevestigd in art. 149§3 DORO dat een bijkomende motivering oplegt voor een vordering van bouw- of aanpassingswerken en / of de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde, nl. een uitdrukkelijke motivering vanuit het oogpunt van de ruimtelijke ordening, de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving en de ernst van de overtreding.

  Waar de stedenbouwkundig inspecteur, die uitdrukkelijk en wettelijk bevoegd werd verklaard voor de verwezenlijking van een goede ruimtelijke ordening en dus de vrijwaring van het algemeen belang van de gemeenschap op dit punt[40], een extra motivering vanuit het standpunt van onder meer de goede ruimtelijke ordening wordt opgelegd, zou de rechtbank toch kunnen beslissen dat een andere herstelmaatregel op zijn plaats zou zijn.

  Indien uit art. 149, §1 DORO zou kunnen worden afgeleid dat de rechter de opportuniteit van de gevorderde maatregel kan onderzoeken, en dus zelf zou kunnen beslissen welke maatregel hij passend acht, is een bijkomende motivering voor sommige herstelmaatregelen volledig overbodig.

  Indien de rechter door het nieuwe art. 149, §1 DORO de mogelijkheid zou gekregen hebben de opportuniteit van de gevorderde maatregel te onderzoeken, dan wordt de beoordeling van de wettigheid, bijvoorbeeld de formele motiveringsverplichting of de vraag of de maatregel wel op motieven van ruimtelijke ordening berust, zinloos.

  Bovendien heeft de rechter niet de vereiste deskundigheid om een stedenbouwkundige beoordeling uit te voeren. Wanneer een rechtbank bijvoorbeeld zou menen dat een herstel in de oorspronkelijke staat niet zou kunnen worden opgelegd, maar wel aanpassingswerken als de meest passende maatregel moeten worden bevolen, hoe zal de rechtbank dan onderzoeken welke aanpassingswerken precies moeten worden opgelegd om aan de gevolgen van het misdrijf een einde te stellen?

- Art. 150 DORO bepaalt dat, indien de herstelvordering van de burgerlijke partij enerzijds en die van stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen anderzijds niet overeenstemmen, de rechtbank de gevorderde herstelmaatregel die ze passend acht, bepaalt. Deze bepaling werd bij decreet van 4 juni 2003 niet gewijzigd.

  Het Arbitragehof onderzocht deze bepaling en stelde vast dat deze evenmin aanleiding gaf tot een opportuniteitsbeoordeling[41].

"De decreetgever beoogt ook aan de belangen van de benadeelde partij tegemoet te komen in de situatie waarin de bevoegde overheden bouw- of aanpassingswerken of enkel een geldsom vorderen. Hij vermocht redelijkerwijze in dergelijke gevallen toe te staan dat de rechter voorrang geeft aan een vordering van de burgerlijke partij die verder gaat en a fortiori kan worden geacht in overeenstemming te zijn met het algemeen stedenbouwkundig belang.

Indien het door de bevoegde overheden gevorderde herstel van de plaats in de vorige toestand wettig wordt bevonden en een derde benadeelde vordert op ontvankelijke wijze aanpassingswerken, zou het algemeen belang de rechter ertoe nopen het herstel in de vorige toestand te bevelen; indien de door de bevoegde overheden gevorderde aanpassingswerken wettig worden bevonden en een derde benadeelde vordert op ontvankelijke en gegronde wijze het herstel van de plaats in de vorige toestand, dan moet de rechter met inachtneming van het algemeen belang inzake ruimtelijke ordening de in het geding zijnde private belangen afwegen. Aldus gaat hij evenmin over tot een opportuniteitsoordeel als de rechter die rechtsmisbruik vaststelt".

---

37 Arbitragehof nr. 57/2002, 28 maart 2002, B.12.2.

38 Arbitragehof nr. 154/2003, 26 november 2003.

39 Arbitragehof nr. 154/2003, 26 november 2003, B.3.6.

40 Cass. 9 januari 2002, onuitg.; Arbitragehof nr. 57/2002, 28 maart 2002.

41 Arbitragehof nr. 57/2002, 28 maart 2002, B.9.-B.14.

Art. 150 DORO bevat dus geen mogelijkheid voor de rechter om over te gaan tot een opportuniteitbeoordeling van de gevorderde maatregel, ook niet wanneer deze uitgaat van de burgerlijke partij. Enkel kan hij, rekening houdend met private belangen, beslissen om een strengere herstelmaatregel op te leggen dan deze die door de bevoegde overheden wordt gevorderd.

Indien art. 149, §1 DORO thans zou aanleiding geven tot een opportuniteitsbeoordeling door de rechtscolleges, ontstaat er in elk geval een ongelijkheid tussen de situaties waarin een herstelmaatregel wordt gevorderd door de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen en de situaties waarbij tevens (of enkel) een herstelmaatregel wordt gevraagd door de burgerlijke partij.

- Welk nut heeft art. 149, §1 lid 4 DORO, dat bepaalt dat indien de vorderingen van de stedenbouwkundig inspecteur en van het college van burgemeester en schepenen niet overeenstemmen, de vordering van eerstgenoemde voorrang heeft, nog in deze context? Deze bepaling wordt uitdrukkelijk overgenomen in art. 8 van het decreet van 4 juni 2003 dat art. 149, §1 DORO wijzigt. Ook in de parlementaire voorbereidingen wordt aan deze bepaling uitdrukkelijk aandacht besteed[42].

  Oordelen dat de rechter zou kunnen overgaan tot het opleggen van andere maatregelen dan deze die gevorderd worden, zou bijvoorbeeld volgend scenario geven. De stedenbouwkundig inspecteur vraagt het herstel in de oorspronkelijke staat en het college van burgemeester en schepenen het uitvoeren van aanpassingswerken. Het herstel in de oorspronkelijke staat heeft voorrang overeenkomstig art. 149, §1, lid 4 DORO. Toch zou de rechtbank op dat ogenblik – om opportuniteitsredenen – kunnen oordelen dat een andere maatregel moet worden opgelegd, bijvoorbeeld aanpassingswerken of zelfs ook een meerwaarde. De facto wordt dan volledig voorbijgegaan aan art. 149 §1 lid 4 DORO. Deze bepaling, die uitdrukkelijk wordt overgenomen, heeft dan geen enkele inhoudelijke betekenis meer.

- Meer nog zal, voor inbreuken die dateren van voor 1 mei 2000, een voorafgaand advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid vereist zijn. Na dit advies en de vordering van de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen, zal de rechter dus nog zelf kunnen beslissen tot het opleggen van een andere maatregel. Dit gaat opnieuw volledig in tegen de bedoelingen van het decreet. Aan de instantie van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wordt dan immers elke relevantie ontzegd.

Uit de samenhang van het decreet en het onder meer daaruit voortvloeiend gegeven dat de stedenbouwkundige beoordeling wordt voorbehouden aan de bestuurlijke overheid, kan enkel worden afgeleid dat het decreet van 4 juni 2003 geen opportuniteitsbeoordeling invoert voor de rechterlijke macht. Het Hof van Beroep te Antwerpen bevestigde dit reeds[43].

30. Het Hof van Beroep te Gent oordeelde in een aantal recente arresten[44] dat de wijziging van art. 149, § 1 DORO wel een opportuniteitsbeoordeling mogelijk maakt, maar dat de draagwijdte ervan dient te worden bepaald "*in acht genomen het geheel van de regelen die het handhavingsbeleid organiseren en de principiële beoordelingsvrijheid, binnen de grenzen van de wettelijkheid, ter zake van de bestuurlijke overheid. Een onredelijke herstelvordering, waarbij het onredelijk karakter niet langer kennelijk onredelijk hoeft te zijn, kan de rechter afwijzen.*" Enerzijds wordt dus de eerste hiervoor vermelde opmerking bevestigd, maar anderzijds tracht het Hof van Beroep haar beoordelingsmarge te verruimen. Indien echter wordt aanvaard dat de stedenbouwkundige beoordeling ter vrijwaring van de goede ruimtelijke ordening enkel voorbehouden is aan de bestuurlijke overheid, dan kan de herstelvordering enkel op haar externe en interne wettigheid worden onderzocht en desgevallend op basis van art. 159 G.W. buiten toepassing worden gelaten. Er is dan nooit een opportuniteitsbeoordeling mogelijk en dus ook geen gedeeltelijke opportuniteitsbeoordeling. De decreetgever kan deze beoordelingsmarge trouwens niet wijzigen, en bovendien blijkt uit het voorgaande dat dit helemaal niet zijn bedoeling was.

Het Hof van Beroep te Gent ziet zich trouwens uiteindelijk geconfronteerd met de – zoals het zelf omschrijft – principiële beoordelingsvrijheid van de bestuurlijke overheid. Indien het Hof een herstelvordering immers onredelijk vindt, dan meent het dat het "*niet aan het Hof staat zich voor de eventuele keuze van een andere herstelmaatregel dan het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand in de plaats te stellen van de bestuurlijke overheid.*"[45] Het Hof opteert er dus voor om helemaal geen herstel op te leggen. Het Hof is blijkbaar van mening dat de decreetgever er voor gekozen heeft dat in bepaalde omstandigheden aan de gevolgen van het misdrijf geen einde dient te worden gesteld op de door de bestuurlijke overheid gekozen wijze van herstel. Het meent zich hiervoor te kun-

---

42 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 16.

43 Antwerpen 2 september 2003, onuitg.; zie ook Corr. Dendermonde 10 september 2003, onuitg.; Corr. Dendermonde 12 november 2003, onuitg.

44 Gent (10e kamer), 31 oktober 2003, onuitg.; Gent (10e kamer), 7 november 2003; onuitg.; Gent (10e kamer), 19 december 2003, onuitg.; Gent (10e kamer), 2 januari 2004, onuitg.

45 Gent (10e kamer), 2 januari 2004, onuitg.; Gent (10e kamer), 19 december 2003, onuitg.

nen baseren op het arrest van het Arbitragehof nr. 154/2003 van 26 november 2003, waar het stelt dat "*het recht om de niet-inachtneming van de decreten strafbaar te stellen en om de straffen wegens de niet-inachtneming te bepalen, impliceert het recht om de verwijdering van het voorwerp van het misdrijf op te leggen en de modaliteiten ervan te regelen*". Het Arbitragehof stelde dit echter pas nadat het expliciet heeft vermeld dat de in art. 149 DORO bepaalde herstelmaatregelen binnen het concept van teruggave vallen dat wordt aangewend in art. 44 Sw. en dat deze teruggave erop gericht is – buiten de strafrechtelijke veroordeling – te vermijden dat de situatie van overtreding blijft voortbestaan[46]. Het Hof van Beroep te Gent leest de rechtspraak van het Arbitragehof dan ook op een foutieve wijze en meent ten onrechte aan de teruggaveplicht te kunnen voorbijgaan.

Dit alles bevestigt nogmaals dat de rechter zich niet mag inlaten met de opportuniteitsbeoordeling van een gevorderde herstelmaatregel. Dit brengt de verhoudingen tussen de administratie en de rechtscolleges in het gedrang.

b. Eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid

31. Voor inbreuken die dateren van voor 1 mei 2000 is, volgens het decreet van 4 juni 2003, een eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid vereist, vooraleer een herstelmaatregel kan worden bevolen. Vooraleer de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen hun vordering derhalve overmaken aan de procureur des Konings, moet deze eerst worden voorgelegd aan de Hoge Raad.

Het eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid moet worden verleend binnen 60 dagen na de aangetekende adviesaanvraag. Wanneer de Hoge Raad voor het Herstelbeleid geen eensluidend advies heeft verleend binnen de gestelde termijn, mag aan de adviesvereiste worden voorbijgegaan.

Deze bepaling treedt zoals gezegd pas in werking nadat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is opgericht en het huishoudelijk reglement is goedgekeurd (art. 198bis, lid 1 DORO).

De rechter kan ingediende vorderingen voor inbreuken, die dateren van voor 1 mei 2000 maar die nog niet voor eensluidend advies werden voorgelegd aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, alsnog voorleggen voor advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid (art. 198bis, lid 2 DORO[47]).

32. Aangezien een *eensluidend* advies wordt voorzien, wordt de positie van de stedenbouwkundige inspecteurs en het college van burgemeester en schepenen volledig uitgehold. De Minister bevestigde immers dat met een eensluidend advies wordt bedoeld dat de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen de vordering slechts kan instellen nadat de Hoge Raad omtrent deze vordering een identiek standpunt heeft ingenomen. Dit advies is dus bindend[48].

In het op 12 november 2003 goedgekeurde decreet, wordt de term eensluidend weliswaar geschrapt, zodat het advies niet meer als bindend kan worden beschouwd.

Aangezien de herstelmaatregel slechts kan worden bevolen op vordering van de stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen, zullen deze laatste de herstelvordering overmaken aan de procureur des Konings, samen met het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid. De herstelvordering kan dus afwijken van het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid. De stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen zullen dus in de mogelijkheid zijn om nog opmerkingen op dit advies te formuleren. Aangezien een herstelvordering afdoende moet zijn gemotiveerd, zal, indien wordt afgeweken van het advies, dit best op een omstandige manier worden gemotiveerd[49].

De stedenbouwkundig inspecteur blijft over rechtstreeks door het decreet toegewezen bevoegdheden en over een zelfstandig beoordelingsrecht beschikken[50].

33. Het scharniermoment is 1 mei 2000, omdat dit de datum van de inwerkingtreding van het decreet van 18 mei 1999 is. De Minister stelt dat ten aanzien van de bouwwerken vanaf 1 mei 2000 er kan van uitgegaan worden dat de bouwheer volledig op de hoogte was van het gevoerde beleid, aangezien er verschillende indringende campagnes over ruimtelijke ordening zijn gevoerd. Dit zou niet opgaan voor de periode voor 1 mei 2000[51].

De grondwettelijke regels van de gelijkheid der Belgen voor de wet en van de niet-discriminatie sluiten niet uit dat een verschil in behandeling wordt ingesteld, voor zover voor het criterium van onderscheid een objectieve en rede-

---

46 Arbitragehof nr. 154/2003, 26 november 2003, B.3.3. – B.3.5., zie trouwens reeds eerder: Arbitragehof nr. 57/2002, 28 maart 2002, B.5.4. – B.5.6.

47 Deze bepaling bevat nog de term "eensluidend advies". Gelet op de wijziging van art. 149§1 DORO door het decreet van 12 november 2003 mag worden aangenomen dat de term eensluidend hierbij geen enkele betekenis meer heeft.

48 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 22 en 27.

49 I. OPDEBEEK en A COOLSAET, *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, Die Keure 1999, 156-157, nr. 196-197

50 Zie onder meer R.v.St. 19 oktober 1999, nr. 82.952; R.v.St. 23 november 1995, nr. 56.421.

51 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 27.

lijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld met betrekking tot het doel en de gevolgen van de overwogen maatregel: het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat de aangewende middelen redelijkerwijze niet evenredig zijn met het beoogde doel.

De Raad van State heeft in zijn advies over deze scharnierdatum geoordeeld dat het zeer de vraag is of in dit geval het criterium van onderscheid voldoende pertinent is om het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit, te verantwoorden. Zelfs wanneer het voor iedereen duidelijk was en is dat 1 mei 2000 een scharnierdatum is geweest inzake het handhavingsbeleid, ziet de Raad van State niet waarom dit voor de betrokken misdrijven een andere behandeling mogelijk maakt[52].

De Raad van State kan enkel worden gevolgd in deze stelling. Het onderscheid dat wordt gemaakt, kan niet verantwoorden dat een misdrijf begaan op 30 april 2000 anders zou worden behandeld dan een dat wordt begaan op 1 mei 2000, nl. in het eerste geval zal wel een advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid noodzakelijk zijn, in het tweede geval niet.

De datum van 1 mei 2000 kan niet als "objectief criterium van onderscheid" worden beschouwd.

34. Dit blijkt des te meer uit het feit dat tijdens de parlementaire bespreking men opmerkte dat ook de datum van 1 januari 1995 een cruciale datum inzake handhaving was, nl. door de prioriteitennota van de toenmalige Minister bevoegd voor Ruimtelijke Ordening en de ambtshalve uitvoeringen daaropvolgend. Het "strengere beleid" waarnaar men verwijst om de objectiviteit van het criterium van onderscheid (nl. 1 mei 2000) aan te tonen, was dus reeds in de periode 1995-2000 duidelijk. Indien een datum in verband met het beleid al als objectief criterium van onderscheid kan worden beschouwd, dan duidt het voorgaande erop dat dit niet gevormd kan worden door de datum van 1 mei 2000.

35. De correctionele rechtbank van Gent formuleerde hierover reeds een prejudiciële vraag aan het Arbitragehof[53].

36. Het voorafgaand advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is enkel vereist indien de inbreuken dateren van voor 1 mei 2000. De correctionele rechtbank van Dendermonde was in een recent vonnis van mening dat inbreuken die gepleegd zijn voor 1 mei 2000 en zijn blijven voortbestaan na die datum, dan ook geen dergelijk advies vereisen[54]. Het Hof van Beroep te Gent is het hier niet mee eens, aangezien het elke zin aan art. 149, §1, derde lid DORO zou ontnemen[55].

c. De principiële herstelmaatregel blijft het herstel in de oorspronkelijke toestand

37. Het herstel in de oorspronkelijke staat is steeds de principieel te vorderen herstelmaatregel geweest. Behoudens regularisatie is dit herstel immers de enige herstelmaatregel die de gevolgen van het misdrijf volledig ongedaan maakt[56].

38. Het decreet van 4 juni 2003 wijzigt hieraan niets. Het herstel in de oorspronkelijke toestand blijft de regel. Dit wordt bevestigd door art. 149, §3 DORO dat nog steeds een bijkomende motivering oplegt voor een vordering van bouw- of aanpassingswerken en / of de betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde, nl. een uitdrukkelijke motivering vanuit het oogpunt van de ruimtelijke ordening, de verenigbaarheid met de onmiddellijke omgeving en de ernst van de overtreding.

39. Sommige rechtspraak[57] leest in art. 149, §1 lid 3 DORO een afwijking van het vermelde principe voor misdrijven gepleegd voor 1 mei 2000. Men meent dat de meerwaarde in die gevallen de regel is en leidt dit af uit de context van het gewijzigde handhavingsbeleid en in het licht van de parlementaire voorbereiding. Dit is echter niet correct.

Art. 149, §1 lid 3 DORO voorziet dat voor misdrijven waarvan de eigenaar kan aantonen dat ze werden gepleegd voor 1 mei 2000 in principe steeds het middel van de meerwaarde kan worden aangewend, tenzij in één van de volgende gevallen:

1° bij het niet naleven van een bevel tot staking;

2° indien het misdrijf onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder veroorzaakt voor de omwonenden;

---

52 *Parl.St.* Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/4, 8.

53 Corr. Gent 23 september 2003, onuitg.: *"Schendt art. 149, §1 en §5 DORO door het maken van een onderscheid dat alleen afhankelijk is van het feit of het bouwmisdrijf voor of na 1 mei 2000 werd gepleegd of dat alleen afhankelijk is van het feit of de meerwaarde werd gevorderd en betaald voor of na 1 mei 2000, het gelijkheids- en nondiscriminatiebeginsel gewaarborgd bij de artikelen 10 en 11 G.W.?" (B.S.* 7 november 2003).

54 Corr. Dendermonde 29 september 2003, onuitg.

55 Gent (10e kamer), 31 oktober 2003, onuitg.

56 Cass. 15 juni 1976, *Pas.* 1976, I, 1113; zie ook G. DEBERSAQUES, B. HUBEAU en P. LEFRANC, *o.c.* 106, nr. 172 waar onder meer wordt verwezen naar de bijzonder motiveringplicht in art. 149, §3 DORO en de parlementaire voorbereidingen.

57 Gent (10e kamer), 24 oktober 2003, onuitg.; Gent (10e kamer), 31 oktober 2003, onuitg.

3° indien het misdrijf een zwaarwichtige en onherstelbare inbreuk vormt op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg.

Opnieuw wordt hier dus de datum van 1 mei 2000 naar voor geschoven. Dezelfde opmerkingen als hierboven kunnen worden geformuleerd[58]: deze datum is geen objectief criterium van onderscheid.

In de oorspronkelijke voorstellen van decreet werd voorzien dat het middel van de vordering tot de meerwaarde steeds diende te worden opgelegd[59]. Na het advies van de Raad van State, waar de grondwettelijkheid van deze bepaling in vraag werd gesteld, werd uitdrukkelijk afgestapt van de uitdrukkelijke verplichting tot het opleggen van een meerwaarde:

"Om tegemoet te komen aan deze opmerking wordt het woord 'moet' vervangen door de woorden'kan in principe' het middel van de meerwaarde worden aangewend. Met andere woorden, of meerwaarde kan worden aangewend, is niet meer verplichtend, maar zal in het afwegingskader moeten worden opgenomen. Hierbij spelen opnieuw tal van factoren een rol, zoals tijdstip van overtreding, ernst van overtreding, recidivisme, misleiding, enz."[60] *(eigen onderlijning)*

Thans stelt de bepaling dat de vordering van de meerwaarde "*in principe steeds kan worden aangewend*" voor inbreuken gepleegd voor 1 mei 2000. Gelet op de wijziging van de bewoordingen in de loop van de totstandkoming van het decreet kan deze bepaling, enkel nog als een mogelijkheid worden aangezien en niet als een verplichting. Waar in de vermelde rechtspraak van het Hof van Beroep te Gent wordt geoordeeld dat de meerwaarde de regel wordt voor misdrijven gepleegd voor 1 mei 2000, gaat het volledig voorbij aan de parlementaire voorbereidingen.

40. Bovendien heeft deze bepaling enkel betrekking op misdrijven die "werden gepleegd voor 1 mei 2000". Uit de bespreking bij art. 146 DORO (zie hoger) bleek dat het misdrijf van de instandhouding is blijven bestaan in deze bepaling en dat enkel de strafbaarstelling in bepaalde gevallen niet zal gelden. Het misdrijf is zich blijven voltrekken ook na deze datum en dus niet "gepleegd" op een bepaalde datum. De letterlijke lezing van deze bepaling kan enkel tot deze vaststelling leiden.

Ten onrechte meent het Hof van Beroep te Gent in de reeds vermelde arresten dat deze lezing elke zin aan de bepaling aan het decreet zou ontnemen. Er bestaan wel degelijk misdrijven die voor 1 mei 2000 zijn gepleegd.

Zelfs wanneer zou kunnen aanvaard worden dat, in de gevallen waar er geen strafbare instandhouding meer is, het misdrijf als "gepleegd voor 1 mei 2000" kan worden beschouwd, dan blijft vermelde redenering wel gelden voor de misdrijven waarvan de instandhouding wel strafbaar is gebleven.

41. Art. 149, §1, lid 3 DORO voorziet dus in een aantal uitzonderingsgevallen waarbij het middel van de meerwaarde niet kan worden gevorderd. Voor het overige bevestigt het artikel enkel dat ook de meerwaarde als herstelmaatregel kan worden opgelegd.

De uitzonderingsgevallen zijn weliswaar niet allen even duidelijk.

- Over de eerste uitzondering, nl. *het niet naleven van een bevel tot staken*, kan geen discussie bestaan. Indien een bevel tot staking niet werd nageleefd, kan een meerwaardevordering nooit worden aangewend.
- De tweede uitzondering, is gelijkaardig aan deze uit art. 146, lid 3 DORO, nl. indien "*het misdrijf onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder veroorzaakt voor de omwonenden*". Hier moeten dan ook dezelfde bedenkingen bij worden gemaakt[61]. Onaanvaardbare stedenbouwkundige hinder voor de omwonenden is een verre van een duidelijke bepaling, die in elk geval veel discussie zal meebrengen.
- De derde uitzondering doet zich voor wanneer het misdrijf "*een zwaarwichtige en onherstelbare inbreuk vormt op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg*."
  Deze bepaling is gelijkend met de derde uitzondering voorzien in art. 146, lid 3 DORO, maar toch ook niet helemaal dezelfde. Deze laatste bepaling spreekt over een "ernstige inbreuk op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften inzake de bestemming krachtens het ruimtelijk uitvoeringsplan of plan van aanleg". Wat het verschil is tussen een "zwaarwichtige en onherstelbare inbreuk" en een "ernstige inbreuk" is opnieuw niet duidelijk gemaakt. Het eerste lijkt een soort superlatief te zijn van het tweede. In de parlementaire voorbereidingen wordt hier niet bij stilgestaan[62].
  Op het eerste gezicht zal een inbreuk op de essentiële stedenbouwkundige voorschriften dus vlugger ernstig zijn dan zwaarwichtig en onherstelbaar. Waar precies de grens ligt is helemaal niet duidelijk. Waar "ernstig" zal moeten worden ingevuld door de strafrechter, zal "zwaarwichtig en onherstelbaar" door de stedenbouw-

---

58 Zie randnr. 33.

59 "… moet steeds het middel van de vordering voor meerwaarde worden aangewend, …".

60 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/5, 6.

61 Zie randnr. 25.

62 Als voorbeeld van een zwaarwichtige en onherstelbare inbreuk geeft de minister het onrechtmatig bouwen van een muur van twee of drie verdiepingen in plaats van één verdieping onmiddellijk achter een tuin (*Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 36).

kundig inspecteur, het college van burgmeester en schepenen en de Hoge Raad voor het Herstelbeleid dienen te worden ingevuld. Het is bijzonder jammer dat – indien men er toch voor opteert om met vage begrippen te werken – niet een identieke bepaling werd opgenomen.
Wel zal een zonevreemde constructie steeds als een zwaarwichtige en onherstelbare inbreuk op essentiële stedenbouwkundige inbreuken te beschouwen zijn. Zoals ook hoger gesteld zijn er geen gradaties in zonevreemdheid en zal een dergelijke inbreuk steeds ernstig zijn, dus a fortiori ook zwaarwichtig en onherstelbaar[63].

d. Uitvoeringstermijn en dwangsom

Uitvoeringstermijn

42. De rechtbank bepaalt een termijn voor de uitvoering van de herstelmaatregelen en, op vordering van de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen, een dwangsom per dag vertraging in de tenuitvoerlegging van de herstelmaatregelen (art. 149§1, lid 5 DORO).

In het oude art. 149 DORO werd voor de uitvoering van de herstelmaatregelen een termijn van maximum één jaar voorzien. In de meeste gevallen werd een termijn van zes of negen maand en uitzonderlijk één jaar opgelegd.

Het decreet van 4 juni 2003 heeft deze maximumtermijn geschrapt. De rechter kan thans discretionair en soeverein oordelen over het bepalen van een termijn. De indieners van het voorstel van decreet meenden dat dit een belangrijk element is in het kader van de handhaving, maar verduidelijkten dit verder niet. Het lijkt ook niet dat zich in het verleden problemen stelden rond deze uitvoeringstermijn.

De vraag stelt zich of dergelijke regeling wel ten goede komt van de veroordeelde. Deze bepaling speelt immers slechts een rol op het ogenblik dat een persoon is veroordeeld wegens een stedenbouwmisdrijf en hem tevens een herstelmaatregel wordt opgelegd. Op dat ogenblik staat vast dat de gevolgen van het misdrijf dienen te verdwijnen en op welke manier dit dient te gebeuren. Eén jaar voor de uitvoering van een herstelmaatregel is al bijzonder lang. Zelfs wanneer een groot pakket aanpassingswerken zou worden opgelegd. Hierbij moet trouwens ook rekening worden gehouden met het nieuwe art. 153, lid 2 DORO dat bepaalt dat vooraleer door de stedenbouwkundig inspecteur tot ambtshalve uitvoering wordt overgegaan voor inbreuken die dateren van voor 1 mei 2000, een eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid nodig is. De daadwerkelijke termijn voor uitvoering zal dan nog langer zijn dan deze bepaald door de rechter.

De meeste verbouwingswerken, aanpassingswerken, enz. kunnen perfect worden uitgevoerd binnen een termijn van één jaar en korter.

Indien onmiddellijk, na het in kracht van gewijsde gaan van de uitspraak die de herstelmaatregel oplegt, wordt gestart met de uitvoering van de opgelegde maatregel, is een termijn van één jaar meer dan voldoende.

De termijn kan enkel te kort lijken, indien er pas begonnen wordt met de uitvoering van de maatregel op het einde van de voorziene termijn. Enige laksheid in hoofde van de veroordeelde kan niet ten laste van het algemeen belang worden gelegd. Bovendien is het voor niemand gunstig dat gedurende een langere termijn dan noodzakelijk de veroordeelde een veroordeling tot een herstelmaatregel boven zijn hoofd blijft hangen.

Het kan, ook in het belang van de veroordeelde, enkel te hopen zijn dat de rechtbanken zich zullen beperken tot het opleggen van termijnen van één jaar en korter. En dat zij slechts in zeer uitzonderlijke situaties – en enkel indien deze door de rechter, aan de hand van concrete stukken en bewijsmateriaal aangebracht door de veroordeelde, expliciet en uitgebreid wordt gemotiveerd in het vonnis of arrest – een langere termijn dan één jaar zullen opleggen.

Dwangsom

43. Uit de formulering van de bepaling over de dwangsom, zou men kunnen afleiden dat de dwangsom verplicht moet worden bevolen indien de rechter besluit tot het bevelen van een herstelmaatregel.

De Raad van State stelde zich bij deze formulering vragen over de verenigbaarheid met de Benelux-overeenkomst van 26 november 1973 houdende de eenvormige wet betreffende de dwangsom goedgekeurd bij wet van 31 januari 1980. De Raad verwijst naar sommige rechtsleer die stelt dat de decreetgever niet bevoegd is om de rechter te verplichten tot het opleggen van een dwangsom. Gelet op de zeer korte termijn waarover de Raad beschikte, deelde hij mee het punt niet nader te hebben onderzocht[64]. Het ontwerp werd niet aangepast op dit punt.

Deze problematiek kwam reeds ter sprake in het arrest van het Arbitragehof van 28 maart 2002. Art. 149 DORO, zoals het werd goedgekeurd op 18 mei 1999, bevatte immers dezelfde bepaling. Het Arbitragehof oordeelde dat deze bepaling de bevoegdheidsverdelende regels niet schond, maar dat wel de vraag kon rijzen of art. 1, eerste lid van de eenvormige wet betreffende de dwangsom, volgens hetwelk de rechter, op vordering van een partij, de wederpartij tot betaling van een dwangsom "kan" veroordelen, aldus kan worden geïnterpreteerd dat de rechter niet verplicht kan worden een veroordeling tot een dwangsom

[63] Corr. Dendermonde, 10 november 2003, onuitg.
[64] *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/4, 8.

uit te spraken zodra die wordt gevorderd. Deze vraag kon worden voorgelegd aan het Benelux-Gerechtshof, wat nooit gebeurde.

Het kan op zijn minst als ongelukkig worden beschouwd dat in het decreet van 4 juni 2003 deze onduidelijkheid niet onmiddellijk uit de tekst werd weggewerkt. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt immers niet dat het de bedoeling was de rechter te verplichten een dwangsom op te leggen. Wel dat het belangrijk is dat de rechtbank een dwangsom oplegt[65].

Bij het op 12 november 2003 goedgekeurde decreet werd deze bepaling wel aangepast door het Vlaamse Parlement. De verplichting wordt uitdrukkelijk uit de bepaling gehaald:

"De rechtbank bepaalt een termijn voor de uitvoering van de herstelmaatregelen en kan, op vordering van de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen, eveneens een dwangsom bepalen per dag vertraging in de tenuitvoerlegging van de herstelmaatregelen. (eigen onderlijning)

e. Instandhoudings- of onderhoudswerken bij een vordering tot betaling van een meerwaarde

44. Art. 149, §3 DORO voorziet dat, bij een vordering tot betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde, de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen vermeldt of aan het goed nog instandhoudings- of onderhoudwerken, die betrekking hebben op de stabiliteit, zoals bedoeld in artikel 195bis, 3° DORO mogen worden uitgevoerd.

Art. 195bis, 3° DORO bepaalt dat de vergunningverlenende overheid kan afwijken van de voorschriften van een plan van aanleg indien de aanvraag het uitvoeren van instandhoudings- en onderhoudswerken omvat die betrekking hebben op de stabiliteit van een bestaande vergunde woning of een bestaand vergund gebouw, met uitsluiting van verkrotte woningen of gebouwen. Onder instandhoudings- en onderhoudswerken die betrekking hebben op de stabiliteit, worden in deze bepaling werken verstaan die het gebruik van een woning of gebouw voor de toekomst ongewijzigd veilig stellen door ingrepen, die betrekking hebben op de constructieve elementen. Daaronder worden onder meer het vervangen van dakgebinten en het gedeeltelijk vervangen van de bestaande buitenmuren begrepen.

Dit artikel bepaalt tevens dat deze afwijkingen slechts kunnen worden verleend op voorwaarde dat de goede ruimtelijke ordening niet wordt geschaad. Dit betekent onder meer dat de ruimtelijke draagkracht van het gebied niet wordt overschreden en dat de voorziene verweving van functies noch de aanwezige of te realiseren bestemmingen in de onmiddellijke omgeving, noch de gewenste ruimtelijke structuur in het gedrang brengt of verstoort. Het naleven van deze voorwaarden moet blijken uit de beslissing van de vergunningverlenende overheid.

Indien de herstelvordering de betaling van een meerwaarde bevat, zullen al deze overwegingen dus eveneens dienen te worden gemaakt.

45. De stedenbouwkundige inspecteur, die toch een specifieke wettelijke bevoegdheid heeft ter vrijwaring van het algemeen belang, treedt op dit punt in de bevoegdheid van de vergunningverlenende overheid. Art. 149, §3 DORO bepaalt enkel dat de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen *vermeldt* of aan het goed nog instandhoudings- of onderhoudwerken, die betrekking hebben op de stabiliteit, mogen worden uitgevoerd. De rechter zal dit enkel in de beslissing kunnen akteren, hij kan immers geen vergunning verlenen[66]. Deze vermelding kan niet als een vergunning worden aangezien. Zoals het decreet thans is geformuleerd, zal er nog steeds een stedenbouwkundige vergunning dienen te worden aangevraagd.

Indien de herstelvordering werd geformuleerd door de stedenbouwkundige inspecteur, zal de vergunningverlenende overheid[67] niet gebonden kunnen worden geacht door de vermelding conform art. 149, §3 DORO. Indien de herstelvordering uitgaat van het college van burgemeester en schepenen en de vergunning ook door deze overheid wordt verleend, zal deze uiteraard minder eenvoudig van haar vorig ingenomen standpunt kunnen afwijken.

f. Voor 1 mei 2000 betaalde geldsommen: de "minnelijke meerwaarde"

46. Art. 149 §5 DORO bepaalt dat de geldsommen gelijk aan de meerwaarde, waarvan de betaling werd gevorderd en verkregen zonder voorafgaande veroordeling door de rechtbank, geacht worden geldig te zijn bepaald en verkregen voorzover de vordering tot het betalen van die geldsommen en de algehele betaling dateert van voor 1 mei 2000.

Deze bepaling werd ingevoerd om de zogenaamde "minnelijke meerwaarden", waarbij niet de correcte procedure werd gevolgd[68], te regulariseren. Dit vloeide vooral voort

---

65 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 16.

66 In de toelichting bij het voorstel van decreet werd gesteld dat de rechter bepaalt of, na het betalen van de meerwaarde, het gebouw blijvend onderhouden mag worden volgens de principes van de goede huisvader. Er werd niet stilgestaan bij het vergunningsplichtig karakter van de bedoelde instandhoudhoudings- of onderhoudswerken.

67 Zijnde het college van burgemeester en schepenen of de stedenbouwkundig ambtenaar, of in graad van beroep de Bestendige Deputatie of de Minister.

68 De meerwaarde werd onmiddellijk aan de overtreder gevraagd, zonder dit aan de rechter voor te leggen.

uit de aanbevelingen van de Vlaamse Ombudsman in zijn jaarverslag van 2001[69].

Aangezien het opleggen van een meerwaarde echter een herstelmaatregel is, oordeelde het Hof van Cassatie dat dit enkel door de rechter kon worden opgelegd. Het bevelen van de herstelmaatregelen behoort immers tot de bevoegdheid van de rechter[70]. Door het nieuwe art. 149, §5 DORO worden de betaalde "minnelijke meerwaarden" decretaal gevalideerd.

Over de datum van 1 mei 2000 kunnen dezelfde opmerkingen als hoger worden geformuleerd[71]. Deze door de correctionele rechtbank van Gent gestelde prejudiciële vraag omtrent deze datum, omvat ook art. 149, §5 DORO[72].

g. Ambtshalve uitvoering van de herstelmaatregel

Voorafgaand advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid

47. Art. 153, lid 1 DORO bepaalt dat voor het geval dat de plaats niet binnen de door de rechtbank gestelde termijn in de vorige staat wordt hersteld, dat het strijdige gebruik niet binnen die termijn wordt gestaakt of dat de bouw- of aanpassingswerken niet binnen deze termijn worden uitgevoerd, het vonnis beveelt dat de stedenbouwkundige inspecteur, het college van burgemeester en schepenen en eventueel de burgerlijke partij, ambtshalve in de uitvoering ervan kunnen voorzien.

Een tweede lid van dit artikel luidt thans als volgt:
"Voor de inbreuken die dateren van voor 1 mei 2000 kan de ambtshalve uitvoering van het vonnis of arrest door de stedenbouwkundig inspecteur slechts worden opgestart na eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid."

Deze bepaling heeft enkel betrekking op de ambtshalve uitvoering en dus niet op het invorderen van verbeurde dwangsommen. Dit laatste betreft uiteraard geen ambtshalve uitvoering van een rechterlijke uitspraak.

De bepaling treedt zoals ook hoger gezegd pas in werking nadat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is opgericht en het huishoudelijke reglement is goedgekeurd (art. 198bis, lid 1 DORO).

48. Enkel in geval de stedenbouwkundig inspecteur een vonnis of arrest ambtshalve wil uitvoeren, is dus een advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid nodig. Indien het college van burgemeester en schepenen dit wil doen, is dit advies niet vereist. Nergens is een pertinente verantwoording voor dit verschil te vinden.

De Raad van State stelde een dergelijk verschil in behandeling eveneens vast in het licht van het vorderen van een herstelmaatregel. De Raad van State besloot tot de schending van het gelijkheids- en redelijkheidsbeginsel[73]. Dit verschil in behandeling werd door de decreetgever vervolgens weggewerkt. Art. 153, lid 2 DORO werd na het advies nieuw ingevoegd, zonder dat echter bij de verschillende behandeling tussen de ambtshalve uitvoering door de stedenbouwkundig inspecteur en deze door het college van burgemeester en schepenen werd stilgestaan. De schending van het gelijkheids- en redelijkheidsbeginsel dient in casu dan ook te worden vastgesteld.

Ook hier kan bovendien de vraag worden gesteld of voor het onderscheidingscriterium van 1 mei 2000 een objectieve en redelijke verantwoording bestaat. Dezelfde opmerkingen als hoger kunnen opnieuw worden gemaakt.

Bevoegdheidsproblematiek: de Hoge Raad voor het herstelbeleid als strafuitvoeringsrechtbank?

49. In het kader van deze bepaling stelt zich de vraag of de decreetgever wel een Hoge Raad voor het Herstelbeleid kon oprichten die oordeelt over de ambtshalve uitvoering van de herstelmaatregelen.

Tijdens de parlementaire werkzaamheden werd vermeld dat de Hoge Raad zal fungeren als een "soort strafuitvoeringsrechtbank"[74].

De Hoge Raad zal immers, over een door een rechtscollege uitgesproken vonnis of arrest, opnieuw oordelen. Enkel na een eensluidend advies van de Hoge Raad zal kunnen worden overgegaan tot een ambtshalve uitvoering van de in een strafrechtelijke uitspraak opgelegde herstelmaatregel.

De rechterlijke macht legt vast dat een herstelmaatregel moet worden uitgevoerd, en indien dit niet gebeurt binnen de gestelde termijn, dat de stedenbouwkundige inspecteur ambtshalve in de uitvoering ervan kan voorzien. Deze Hoge Raad is niet als partij in het geding te beschouwen, in tegenstelling tot de stedenbouwkundig inspecteur. Hij kan dus geen gebruik maken van de rechterlijke machtiging om tot uitvoering over te gaan.

---

69 Jaarverslag 2001, *Parl.St*. Vl. Parl. 2001-2002, nr. 41.
70 Cass. 4 november 1997, *Arr. Cass*. 1997, 443.
71 Zie randnr. 33.
72 Zie voetnoot 49.
73 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/4, 7.
74 *Parl.St*. Vl. Parl. 2002-2003, nr. 1566/7, 28.

Opdat de stedenbouwkundig inspecteur tot (ambtshalve) uitvoering van de strafrechtelijke uitspraak zou kunnen overgaan, zal eerst een eensluidend advies aan een andere instantie dienen te worden gevraagd. De uitvoerbaarheid van de uitspraak zal dus door een orgaan van de uitvoerende macht, nl. de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, opnieuw moeten worden onderzocht en beoordeeld.

Bovendien bestaan er reeds rechtscolleges die over de uitvoeringsgeschillen inzake herstelmaatregelen kunnen oordelen: de rechtbank van eerste aanleg[75] (art. 569 Ger.W.) en de beslagrechter[76] (1395 Ger.W.). Deze vaststelling, samen met art. 146 G.W.[77], duidt er op dat het Vlaams Gewest geen rechtscollege – zelfs niet op basis van haar impliciete bevoegdheden[78] – kan oprichten dat beslist over de uitvoering van de herstelmaatregel.

VII. DE VERJARING VAN DE HERSTELMAATREGEL[79]

Art. 153 laatste lid DORO voorziet thans uitdrukkelijk dat de verjaring van de herstelmaatregel een aanvang neemt vanaf het verstrijken van de termijn die de rechtbank, overeenkomstig artikel 149, § 1, laatste lid, DORO bepaalde voor de tenuitvoerlegging ervan.

---

75 De reële executie van de herstelmaatregel.

76 Uitvoering van de dwangsom.

77 "Geen rechtbank, geen met eigenlijke rechtspraak belast orgaan kan worden ingesteld dan krachtens een wet. Geen buitengewone rechtbanken of commissies kunnen, onder welke benaming ook, in het leven worden geroepen."

78 Zie onder meer Arbitragehof nr. 33/2001, 13 maart 2001 ("*B.5.5.4. De Vlaamse Regering toont niet aan en het Hof ziet niet in, in welk opzicht de wijziging die de in het geding zijnde bepaling in de bevoegdheden van de arbeidsrechtbanken aanbrengt, noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap inzake de organisatie van de zorgverzekering, aangezien er een beroep bestaat bij andere rechtscolleges, met toepassing van de algemene bevoegdheidstoewijzing die door de federale wetgever aan de burgerlijke rechtscolleges is verleend. Daaruit volgt dat de decreetgever, zonder dat zulks kan worden verantwoord, afbreuk heeft gedaan aan de bevoegdheden die aan de federale wetgever zijn voorbehouden.*").

79 Niet te verwarren met de verjaring van de herstel*vordering*.