

HOGE RAAD VOOR HET HERSTELBELEID

Rolnummer : 001682 / A / 000003

Beslissing nr : 001596

15/05/2008

ADVIES

inzake

de adviesaanvraag van de heer Dirk Van Mechelen, Viceminister-president van de Vlaamse Regering, Vlaams minister van Financiën, Begroting en Ruimtelijke Ordening

over

het voorontwerp van decreet tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijk plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid

SITUERING, AARD EN VOORWERP VAN DE ADVIESAANVRAAG

1. Op 11 april 2008 verleende de Vlaamse regering haar principiële goedkeuring aan het voorontwerp van decreet tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid. Met een brief van 14 april 2008 ¹ verzocht de heer Dirk Van Mechelen, Viceminister-president van de Vlaamse regering, Vlaams minister van Financiën, Begroting en Ruimtelijke Ordening, de Hoge Raad voor het Herstelbeleid “*in uitvoering van de beslissing van de Vlaamse regering om binnen een termijn van dertig dagen na de datum van ontvangst over bovengenoemde voorontwerpen² van decreet advies uit te brengen*”.

2. De aard van het te verlenen advies werd in de onderhavige adviesaanvraag niet nader gepreciseerd door de adviesaanvrager.

¹ Ontvangen op 15 april 2008.

² Uit de brief van 14 april 2008 valt duidelijk af te leiden dat enkel het voorontwerp van het decreet tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid het voorwerp van de adviesaanvraag uitmaakt, spijts het gebruik van het meervoud “voorontwerpen” van decreet.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid beschouwt de onderhavige adviesaanvraag als een verzoek van de Vlaamse regering, bij monde van de minister bevoegd voor ruimtelijke ordening, strekkende tot het verlenen van een beleidsadvies in de zin van artikel 9, §7, eerste lid van het decreet van 18 mei 1999 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening³ (hierna genoemd “DRO”).

3. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat volgens de voornoemde bepaling het beleidsadvies slechts betrekking kan hebben op aangelegenheden met betrekking tot het handhavingsbeleid.

Gelet op de aard van de aan hem toegewezen bevoegdheden, vermag de Hoge Raad voor het Herstelbeleid aan de voornoemde bepaling geen bevoegdheden te ontleen die geen betrekking hebben op het handhavingsbeleid.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid kiest niet voor een artikelsgewijze commentaar op het voorontwerp van decreet, maar voor een benadering waarbij een aantal aandachtspunten nader worden toegelicht en waaromtrent opmerkingen en voorstellen worden geformuleerd.

Deze aandachtspunten hebben zowel betrekking op een aantal functionele aspecten, als op een aantal juridische aspecten. Waar mogelijk wordt er teruggekoppeld naar de eerder uitgebrachte beleidsadviezen⁴ en de jaarverslagen van 2005, 2006 en 2007.

Echter, waar dit relevant is, worden aangelegenheden zoals geregeld door het voorontwerp van decreet, die als dusdanig geen betrekking hebben op het handhavingsbeleid, doch indirect betrekking kunnen hebben op de aangelegenheden met betrekking op het handhavingsbeleid, mee behandeld in het onderhavige advies.

4. In het onderhavige advies worden meer specifiek de volgende aandachtspunten behandeld:

- De aard en de positie van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid (I)
- De samenstelling van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid (II)
- Het as built-attest (III)
- Het uitdovend woonrecht (IV)
- Het horen van belanghebbenden (V)
- De juridische aard en de bindende kracht van de adviezen (VI)
- De adviesbevoegdheid inzake de dwangsommen (VII)
- Het deskundigenadvies ten behoeve van rechterlijke instanties (VIII)
- Het historisch passief aanhangig voor de hoven en de rechtbanken (IX)
- De nieuwe verjaringsregeling (X)
- Capita Selecta (XI)

Na de bespreking van elk van deze aangehaalde punten, worden *in fine* telkenmale tekstvoorstellen gebracht die uiting geven aan de gedane opmerkingen van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

5. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wijdde drie vergaderingen, meer bepaald de vergaderingen van 6 mei 2008, 8 mei 2008 en 15 mei 2008, aan de behandeling van de onderhavige adviesaanvraag.

³ B.S. 8 juni 1999, zoals nadien gewijzigd.

⁴ Het betreft het beleidsadvies van 19 juni 2006 op vraag van de voorzitter van het Vlaams Parlement over de problematiek van de invordering van het onbeperkt oplopen van dwangsommen bij gebreke aan vrijwillige en ambtshalve uitvoering van de herstelmaatregel, alsook het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstellvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviesaanvragen. Beide beleidsadviezen kunnen geraadpleegd worden op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

I. DE AARD EN DE POSITIE VAN DE HOGE RAAD VOOR HET HANDHAVINGSBELEID

1. De huidige regeling

1.1. Toelichting bij de huidige bevoegdheden

6. De huidige decretale opdrachten van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid kunnen als volgt worden omschreven⁵:

1. het formuleren van aanbevelingen inzake het herstel- en handhavingsbeleid (artikel *9bis*, §7, eerste en tweede lid DRO);
2. het verlenen van een eensluitend advies over de herstellvorderingen (artikel 149, §1, tweede lid en artikel 151 DRO);
3. het verlenen van eensluitend advies omtrent het opstarten van het ambtshalve uitvoeren van een herstellvordering (artikel 153, tweede lid DRO).

Met betrekking tot het verlenen van advies inzake herstellvorderingen dient gewezen te worden op de overgangsregeling van artikel 198*bis* DRO.

Als overgangsmaatregel bepaalt artikel 198*bis*, tweede lid DRO dat de rechter de ingediende vorderingen voor misdrijven die dateren van vóór 1 mei 2000, maar die nog niet voor eensluitend advies werden voorgelegd aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, alsnog kan voorleggen voor eensluitend advies.

Gelet op het arrest nr. 14/2005 van 19 januari 2005 van het Grondwettelijk Hof, werd in het jaarverslag van 2005 er reeds op gewezen dat het aanbeveling verdiende dat in artikel 198*bis*, tweede lid DRO de woorden “voor 1 mei 2000” zouden worden geschrapt, aangezien de libellering van artikel 198*bis*, tweede lid DRO aanleiding kon geven tot ongewenste procedurele incidenten voor de rechter⁶.

Met betrekking tot dit onderscheid tussen inbreuken die dateren van vóór of na 1 mei 2000, werd bij arrest van 22 maart 2006 door het hof van beroep te Antwerpen een prejudiciële vraag gesteld aan het Grondwettelijk Hof⁷. Het Grondwettelijk Hof oordeelde in het arrest nr. 34/2007 van 7 maart 2007 dat artikel 198*bis*, tweede lid DRO de artikelen 10 en 11 van de Grondwet schendt in zoverre het de mogelijkheid voor de rechter om het advies te vragen van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid beperkt tot “vorderingen voor inbreuken, die dateren van voor 1 mei 2000”⁸.

In een onlosmakelijk aan het beschikkende gedeelte van het voornoemde arrest nr. 34/2007 van het Grondwettelijk Hof verbonden overweging stelt het Grondwettelijk Hof dat “de rechter zowel de ingediende vorderingen voor inbreuken die dateren van vóór 1 mei 2000, als de ingediende vorderingen voor inbreuken vanaf 1 mei 2000, alsnog voor advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid kan voorleggen”.

⁵ Zie ook de omschrijving van zijn taken in het eerste jaarverslag van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid. Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2005, 4-5.

⁶ Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2005, 4.

⁷ B.S. 4 mei 2006, publicatie van het bij artikel 74 van de bijzondere wet van 6 februari 1989 op het Arbitragehof voorgeschreven bericht.

⁸ Grondwettelijk Hof, nr. 34/2007, 7 maart 2007, i.h.b. cons. B.13.

M.a.w., de hoven en de rechtbanken kunnen met toepassing van artikel 198*bis*, tweede lid DRO, indien zij dit nodig achten, op facultatieve wijze reeds ingediende herstellvorderingen⁹ voor inbreuken die dateren van zowel vóór als ná 1 mei 2000 voor advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voorleggen.¹⁰

1.2. Geen duidelijke precisering van de aard van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid

7. Over de aard van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid als toenmalige, nieuwe actor in het handhavingsbeleid¹¹ werd tot op heden geen absolute duidelijkheid geboden in de relevante bepalingen van het decreet.

Blijkens de parlementaire voorbereiding van het decreet van 4 juni 2003 houdende wijziging van het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening, wat het handhavingsbeleid betreft (hierna: “Handhavingsdecreet”)¹², was er niet onmiddellijk duidelijkheid omtrent de juridische aard van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

Zo werd gesteld dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid “*een statuut ‘sui generis’ (moet) krijgen omdat hij strikt genomen niet tot de uitvoerende macht zal behoren, maar vanzelfsprekend ook niet beschouwd kan worden als behorende tot de rechterlijke macht*”.¹³ Er werd tevens gesteld dat de Hoge Raad voor Herstelbeleid zou fungeren “*als een filter tussen de minister, de administratie en de rechterlijke macht*”, die kon tussenkomen “*als een strafuitvoeringsrechtbank en advies geven over de aard van de uitvoering en beslissen over bijvoorbeeld dwangsommen en dergelijke*”.¹⁴

Artikel 9*bis*, §1 DRO, ingevoerd door artikel 2 van het Handhavingsdecreet, omschrijft dan weer de Hoge Raad voor het Herstelbeleid als een “*gewestelijke adviesraad voor de handhavingsmaatregelen*”.

In het arrest nr. 14/2005 van 19 januari 2005 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat “*de Hoge Raad voor het Herstelbeleid werd opgevat, niet als een gerechtelijke instantie waartoe derden zich kunnen wenden of die hen kan binden, maar als een adviesorgaan*”.¹⁵

Het Grondwettelijk Hof verwees hierbij op zijn beurt naar de parlementaire voorbereiding, waarin werd gesteld dat “*aangezien de Hoge Raad voor het Herstelbeleid niet kan worden opgericht als een gerechtelijke instantie waartoe derden zich kunnen wenden of die hen kan binden, moet worden onderzocht of een Hoge Raad voor het Herstelbeleid in de vorm van een adviesorgaan kan worden opgericht, die de vorderende instanties kan adviseren bij het opstellen of het aanpassen van der herstellvordering*”.¹⁶

⁹ I.e. herstellvorderingen die voor de rechter werden ingediend vóór 16 december 2005, de datum vanaf wanneer het eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid diende te worden ingewonnen. Zie artikel 198*bis*, eerste lid DRO.

¹⁰ *Infra*, nr. 96 e.v.

¹¹ Naar luid van artikel 198*bis*, eerste lid DRO traden de bepalingen met betrekking tot het eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, zoals bedoeld in artikel 149, §1, en artikel 153, pas in werking nadat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid was opgericht en het huishoudelijke reglement was goedgekeurd. Bij besluit van de Vlaamse regering van 22 juli 2005 (B.S. 12 augustus 2005, in werking getreden op 22 juli 2005) heeft de Vlaamse regering de Hoge Raad voor het Herstelbeleid samengesteld. Het door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid op 24 oktober 2005 aangenomen huishoudelijk reglement, werd bij besluit van de Vlaamse regering van 16 december 2005 (B.S. 13 januari 2006) goedgekeurd. Sinds 16 december 2005 is het eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in de zin van artikel 149 c.q. 153 DRO vereist.

¹² B.S. 22 augustus 2003.

¹³ *Parl. St. VI. Parl. 2002-03*, nr. 1566/1, 7.

¹⁴ *Parl. St. VI. Parl. 2002-03*, nr. 1566/7, 28.

¹⁵ Grondwettelijk Hof nr. 14/2005, 19 april 2005, B.S. 31 januari 2005, cons. B.31.

¹⁶ *Parl. St. VI. Parl. 2002-03*, nr. 1566/1, 8.

Zich bewust van de onduidelijkheid omtrent de aard van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid als nieuw adviesorgaan¹⁷, omschreef de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in zijn eerste jaarverslag van 2005 zichzelf als een “*orgaan van actief bestuur*”¹⁸.

2. De voorgestelde regeling

2.1. Toelichting bij de voorgestelde bevoegdheden

8. De decretale opdrachten van de toekomstige Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid zijn de volgende:

1. het formuleren van aanbevelingen inzake het herstel- en handhavingsbeleid, waarbij naar luid van het nieuwe artikel 147bis, §2 DRO de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid een adviesbevoegdheid heeft met betrekking tot het door de Vlaamse regering vast te stellen handhavingsplan;
2. het uitbrengen van een verplicht advies voorafgaand aan het instellen van een herstellvordering door de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen (nieuwe artikelen 148ter t.e.m. 148ter.4. DRO);
3. het uitbrengen van een verplicht advies voorgaand aan het ambtshalve uitvoeren van een herstelmaatregel door de stedenbouwkundig inspecteur of het college van burgemeester en schepenen (nieuwe artikelen 148ter t.e.m. 148ter.4. DRO);
4. het uitbrengen van een verplicht advies in het geval de initiële keuze van het bestuur voor een herstellvordering bij de correctionele rechtbank dan wel bij de rechtbank van eerste aanleg gewijzigd wordt, of het advies over “*opeenvolgende*” of “*consecutieve*” herstellvorderingen (nieuwe artikelen 148ter.5. t.e.m. 148ter.8. DRO);
5. het uitbrengen van een verplicht advies over de betekening van een vonnis of arrest waarin de rechter het bestuur heeft gemachtigd om ambtshalve in de uitvoering ervan te voorzien in “*onderzoekswaardige zaken*”¹⁹ (nieuwe artikelen 148ter.9 t.e.m. 148ter.10 DRO);
6. het uitbrengen van een advies, op verzoek van de schuldenaar van de dwangsom, over de vraag of een dwangsom die werd opgelegd als uitvoeringsmodaliteit van een herstelmaatregel, in aanmerking komt om op grond van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek of van de rechtsfiguren “*rechtsverwerking*” of “*rechtsmisbruik*” te worden gematigd (nieuwe artikel 148ter.11. DRO);

¹⁷ In bepaalde rechtsleer werd gesteld dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid een “*adviesinstantie sui generis*” betrof. Zie P. FLAMEY, J. BOSQUET en F. JUDO, *Handhavings- en verjaringsdecreet. Ruimtelijke Ordening en Stedenbouw*, Gent, Larcier, 2004, 68-69. In andere rechtsleer werd dan weer gewaagd van een “*maatregeluitvoeringscommissie*”. Zie M. FAURE, F. VERBRUGGEN en I. BORREMANS, “Recente ontwikkelingen inzake het milieu- en stedenbouwstrafrecht”, in K. en M. DEKETELAERE (ed.), *Jaarboek Milieurecht 2003*, Brugge, die Keure, 2003, 284.

¹⁸ Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2005, 4, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

¹⁹ Naar luid van het nieuwe artikel 148ter.9, §1, tweede lid DRO is een zaak eerst onderzoekswaardig indien, enerzijds, de termijn voor de uitvoering van herstelmaatregelen op de betekeningdatum reeds tien jaar of meer zal verstreken zijn, en anderzijds, voldaan is aan alle hiernavolgende “mitigerende” (i.e. verzachtende) voorwaarden: 1) het voorwerp van het misdrijf is niet gelegen in ruimtelijk kwetsbaar gebied; 2) het misdrijf dat aanleiding heeft gegeven tot het vonnis of arrest, heeft geen betrekking op het verrichten van handelingen in strijd met een stakingsbevel of in strijd met de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen; 3) van de overtreder werden na het vonnis of het arrest geen nieuwe strafrechtelijke of bestuurlijke sancties of verplichtingen tot schadevergoeding opgelegd uit hoofde van een in artikel 146 vermeld misdrijf.

7. het uitbrengen van een deskundig advies ten behoeve van elke rechterlijke instantie die daarom verzoekt aangaande die aangelegenheden waarvoor de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid bevoegd is (nieuwe artikel 148^{ter}.12. DRO);
8. het optreden in bemiddelingsopdrachten, hetzij op verzoek van de overtreder, het zij op verzoek van de reeds geadieerde rechter (nieuw artikel 148^{ter}.13. DRO).

9. Bovendien worden met betrekking tot de procedure voor de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid in “*HOOFDSTUK 3. Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid*”, “*Afdeling 2bis. Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid*”, “*Onderafdeling 4. Werkings- en procedureregelen*” van het voorontwerp van decreet, een aantal procedurele waarborgen verankerd²⁰, m.n. het horen van belanghebbenden²¹ (nieuwe artikel 148^{quinquies}.2. DRO), de openbaarheid van de zittingen (nieuwe artikel 148^{quinquies}.3. DRO) en de bijstand en vertegenwoordiging door een raadsman (nieuwe artikel 148^{quinquies}.4. DRO).

2.2. Omschrijving van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid als orgaan van actief bestuur

10. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt vast dat in het nieuwe artikel 148^{bis}, §2 DRO de toekomstige Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid eveneens wordt omschreven als een “*orgaan van actief bestuur*”.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid sluit zich bij deze kwalificatie aan.

Dit betekent concreet dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid ressorteert onder de uitvoerende macht.

Dit laatste wordt overigens op uitdrukkelijke wijze bevestigd in het nieuwe artikel 148^{bis}, §1 DRO, waarin wordt bepaald dat “*bij het Vlaamse Ministerie van Ruimtelijke Ordening, Woonbeleid en Onroerend Erfgoed een Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid (wordt) opgericht (...)*”.

2.3. De onafhankelijkheid ten opzichte van de Vlaamse regering

11. De positie van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wordt gekenmerkt door een aanzienlijke mate aan autonomie en onafhankelijkheid.

Blijkens de parlementaire voorbereiding van het Handhavingsdecreet werd de Hoge Raad voor het Herstelbeleid door de decreetgever gepercipieerd als een “*autonoom en onafhankelijk orgaan, los van politieke beïnvloeding, dat de beslissingen van de gewestelijke stedendbouwkundig inspecteur evalueert (...)*”.²²

Artikel 9^{bis}, §2, vierde lid DRO bepaalt thans in dat verband dat een lid – van de huidige Hoge Raad voor het Herstelbeleid – geen politiek mandaat mag uitoefenen.

Het autonome en onafhankelijke karakter van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid als adviesorgaan, dat vanzelfsprekend als orgaan van actief bestuur nog steeds met toepassing van artikel 159 van de Grondwet onder het rechterlijke wettigheidstoezicht van de hoven en rechtbanken zal staan, wordt in het voorliggende ontwerp geëxpliciteerd.

Naar luid van het nieuwe artikel 148^{bis}, §3 DRO geeft de Vlaamse regering nimmer instructies omtrent de behandeling van concrete dossiers die aan de beoordeling van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid zijn voorgelegd.

²⁰ Cf. Memorie van Toelichting, 79.

²¹ *Infra*, nr. 45 e.v.

²² *Parl. St.* VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/1, 7.

Op die manier wordt gewaarborgd dat de besluitvorming binnen de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid op een onafhankelijke manier tot stand komt en volledig buiten de sfeer van de voornoemde “*politiek beïnvloeding*” wordt gehouden, zoals thans al, in de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, het geval is.

2.4. De externe onafhankelijkheid ten opzichte van de andere actoren in het veld

12. Naast wat hierboven werd toegelicht, geldt als dwingende organisatiemaatregel dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid als autonoom en onafhankelijk adviesorgaan buiten de invloedssfeer van de overige, betrokken actoren in het handhavingsbeleid inzake de ruimtelijke ordening dient te worden gehouden.

Wat deze externe onafhankelijkheid ten opzichte van de andere actoren in het veld betreft, is het organisatorisch dwingend dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, net zoals thans met de huidige Hoge Raad voor het Herstelbeleid het geval is, ondergebracht wordt onder het Departement RWO Vlaanderen, en b.v. niet onder het agentschap Inspectie RWO.

De na te streven autonomie en onafhankelijkheid strekt zich niet alleen uit over de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid als dusdanig. Er moet tevens worden gewaarborgd dat het permanent secretariaat buiten de invloedssfeer van de overige actoren in het handhavingsbeleid, b.v. het Agentschap Inspectie RWO, wordt gehouden. Het is aangewezen dat het permanent secretariaat verder blijft bestaan binnen de schoot van het Departement RWO Vlaanderen, zoals thans het geval is. Het voorontwerp laat de Vlaamse regering toe dit verder uit te werken.

2.5. De interne onafhankelijkheid van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid

2.5.1. Het vermijden van belangenvermenging in hoefde van de leden

13. Met betrekking tot de interne onafhankelijkheid wordt in het nieuwe artikel 148^{quater}.2, eerste lid DRO vooreerst bepaald dat het mandaat van lid van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid onverenigbaar is met het lidmaatschap van een wetgevende vergadering, een provincieraad, een gemeenteraad of een raad van een openbaar centrum voor maatschappelijk welzijn.

Het hernemen van de onverenigbaarheid van het lidmaatschap van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid met het uitoefenen van een politiek mandaat, kan in het licht van het waken over de autonomie en de onafhankelijkheid van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid bijgetreden worden.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt evenwel op dat de voorgestelde regeling niet sluitend is. Zo is het niet duidelijk of bv. de leden van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid al dan niet lid mogen zijn van de districtraden en de politieraden, of nog andere politieke mandaten mogen uitoefenen dan deze die expliciet worden genoemd in het nieuwe artikel 148^{quater}.2, eerste lid. De Raad is van mening dat de onverenigbaarheid van het lidmaatschap van de Raad met het uitoefenen van een politiek mandaat in al zijn aspecten moet worden behouden en dat de onverenigbaarheid niet beperkt mag blijven tot enkele expliciet genoemde mandaten. De Raad stelt dan ook voor om de oorspronkelijke regeling onverkort te behouden en te vermelden dat het mandaat van lid van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid onverenigbaar is met welkdanig politiek mandaat ook.

14. Wat de interne onafhankelijkheid betreft, merkt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid verder nog op dat het nieuwe artikel 148^{quater}.2, eerste lid DRO bepaalt dat advocaten geen lid mogen zijn van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid. Ook notarissen en gerechtsdeurwaarders zijn uitgesloten.

De Memorie van Toelichting verduidelijkt niet wat de *ratio legis* van deze bepaling is.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid benadrukt dat mogelijke belangenvermenging in hoofde van de leden van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid uiteraard dient te worden vermeden.

Kennelijk is het voor de decreetgever voldoende dat uit hoofde van hun overige beroepsactiviteiten, belangenvermenging mogelijk **kan** zijn, om advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders *a priori* te weren uit de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid²³.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt echter op dat de leden van andere beroepsgroepen, in wier hoofde ook belangenvermenging mogelijk kan zijn, niet *a priori* worden uitgesloten als lid. Er kan gedacht worden aan vastgoedmakelaars, studie- en consultancybureaus, intercommunales etc., maar ook aan stedenbouwkundige inspecteurs, toezichthoudende ambtenaren, ...

De Memorie van Toelichting bevat geen verantwoording voor de optie om advocaten, notarissen en gerechtsdeurwaarders wel *a priori* uit te sluiten van het lidmaatschap van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, terwijl de leden van de hierboven aangehaalde, en eventuele andere, beroepsgroepen, in wier hoofde ook belangvermenging mogelijk kan zijn, niet worden uitgesloten.

Daar in de voorgestelde regeling enkel drie van alle mogelijke beroepscategorieën *a priori* worden geweerd, wordt er in de voorgestelde regeling thans geen objectief criterium gehanteerd om dit onderscheid te maken.

15. Er dient op gewezen te worden dat thans in de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, zonder uitdrukkelijke bepaling ter zake, er door een correcte toepassing van de beroepseigen deontologische voorschriften, geen enkele vorm van belangenvermenging mogelijk is in hoofde van de leden-deskundigen die tevens advocaat zijn.

In de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is het immers zo dat bij de behandeling van een dossier waar het lid-deskundige of een kantoorgenoot eerder tussengekomen is als advocaat, deze zich conform de deontologie verder onthoudt van elke deelname aan de adviesverlening in dat dossier, d.w.z. zowel van de bespreking van het dossier als van de stemming over het te verlenen advies. Omgekeerd treedt een lid-deskundige dat deelgenomen heeft aan de adviesverlening in een welbepaald dossier of een kantoorgenoot van het betrokken lid, nadien niet op als advocaat of consult in het desbetreffende dossier.²⁴ Ook de leden-magistraten onthouden zich trouwens nu reeds van deelname aan de adviesverlening over dossiers waarin zij eerder als magistraat optraden.

Hieruit blijkt dat de deontologische regels waaraan de betrokken leden onderworpen zijn, reeds voldoende garanties bieden dat geen belangenvermenging kan voorkomen.

Het belang van de deontologie wordt ten andere in het voorontwerp van het decreet uitdrukkelijk bevestigd in het nieuwe artikel 148^{quinquies}.6, tweede lid DRO: ook de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid dient zijn eigen deontologische code vast te leggen, en ook dat is uiteraard een adequaat middel om belangenvermenging uit te sluiten.

²³ Gerechtsdeurwaarders zouden ook geen lid mogen zijn van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid. Gelet op het feit dat zij wettelijk gezien inhoudelijk niet betrokken zijn bij de zaken waarin b.v. een betekening gebeurt, valt niet in te zien welk bezwaar er tegen geuit zou kunnen worden dat een gerechtsdeurwaarder lid zou zijn van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid voelt dan ook geen enkele noodzaak om thans bij decreet in een uitdrukkelijke en absolute verbodsregeling in hoofde van bepaalde beroepsgroepen te voorzien. De eigen deontologie van de betrokken beroepsgroepen en de door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid zelf op te stellen deontologische code houden voldoende waarborgen in tegen elke vorm van belangenvermenging.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid meent dat zowel de beroepseigen deontologie, als de nog vast te leggen deontologische code voldoende waarborgen bieden om mogelijke belangenvermenging uit te sluiten.

2.5.2. Het verbod om consult te geven

16. Naar luid van het nieuwe artikel 148^{quater}.2, tweede lid DRO is het de leden verboden mondeling of schriftelijk de verdediging van de belanghebbenden te voeren of hun consult te geven.

Vanuit de verzuchting om de onpartijdigheid te garanderen en belangenvermenging te vermijden, merkt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid op dat het volstaat om het verdedigen van of het geven van advies aan belanghebbenden te beperken tot die gevallen waarin men reeds heeft gezeteld.

2.5.3. De aanwezigheid van de stedenbouwkundige inspecteur op de vergadering

17. Naar luid van het nieuwe artikel 148^{quinquies}.1 DRO kan de stedenbouwkundige inspecteur, bevoegd voor het Vlaamse Gewest, de vergaderingen van de Hoge Raad bijwonen en kan hij, voorafgaand aan de sluiting van de besprekingen, zijn standpunt weergeven en zijn stemadvies geven.

Het voorgestelde “*bijwonen van de vergaderingen*” houdt in dat de stedenbouwkundige inspecteur bevoegd voor het Vlaamse Gewest bij de bespreking van de dossiers, over alle dossiers (zowel de “zijne” als die waarbij het college van burgemeester en schepenen een herstellvordering ter advies heeft voorgelegd) zijn standpunt kan uiteenzetten en vervolgens zijn “*stemadvies*”, i.e. een raadgevende stem, kan geven.

In voorkomend geval neemt hij niet deel aan de besluitvorming door de leden zelf, die – uiteraard – betrekking heeft op de wijze waarop het advies zal worden gegeven (en geredigeerd).

18. Reeds in het beleidsadvies van 23 oktober 2006, stelde de Hoge Raad voor het Herstelbeleid het volgende:

“(…) Ook de aanwezigheid van de stedenbouwkundige inspecteur op de vergaderingen, en dit overeenkomstig artikel 9bis, laatste lid DRO, (kan) in vraag gesteld worden nu de stedenbouwkundige inspecteur als enige inspraak krijgt in de raad terwijl hij inzake de adviesaanvragen in veel dossiers betrokken partij is als vorderende instantie.”²⁵

De huidige regeling, waarbij de stedenbouwkundige inspecteur kan deelnemen aan de vergadering zonder evenwel te kunnen deelnemen aan de besluitvorming, stuitte op kritiek in de rechtsleer.

²⁵ Het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstellvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviesaanvragen, 18, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordering.be>.

Zo werd in bepaalde rechtsleer gesteld dat het discriminatoir is dat de stedenbouwkundige inspecteur advies kan geven omtrent herstellvorderingen van het college van burgemeester en schepenen: *“Er is immers geen objectieve reden waarom de ene herstellvorderende overheid advies mag verlenen over haar eigen vordering, alsook over de vordering van het college, terwijl de andere herstellvorderende overheid, m.n. het college, deze bevoegdheid niet heeft.”*²⁶.

19. Volgens de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is het ook in de voorgestelde regeling weinig coherent dat de stedenbouwkundige inspecteur bevoegd voor het Vlaamse Gewest op die wijze zijn *“stemadvies”* kan uiten ten aanzien van de vorderingen van het college van burgemeester en schepenen, i.e. een autonome, met handhaving belaste overheid die een zelfstandig vorderingsrecht heeft op grond van het DRO zelf.

Volgens de Hoge Raad voor het Herstelbeleid is het moeilijk verzoenbaar met de wil van de decreetgever om de lokale besturen meer bij de handhaving inzake de ruimtelijke ordening te betrekken. Te dezen dient gewezen te worden op het nieuwe artikel 147*bis*, §2 DRO, dat bepaalt dat de Vlaamse regering het zgn. Handhavingsplan vaststelt op grond van o.a. het advies van de Vlaamse Vereniging van Steden en Gemeenten (VVSG) over het ontwerpplan.

20. In het geval de stedenbouwkundige inspecteur de herstellvordering wenst in te leiden voor de burgerlijke rechter is hij vanzelfsprekend als eisende partij, een *“procespartij”*.

Ook in het strafproces wordt de stedenbouwkundige inspecteur in de vaste rechtspraak van de hoogste rechtscolleges beschouwd als een *“procespartij”*, meer bepaald als de *“eiser tot herstel”* die waakt over het algemeen stedenbouwkundig belang.

Het Hof van Cassatie oordeelde dat de stedenbouwkundige inspecteur niet als vrijwillig tussenkomende partij vermag op te treden, daar de vordering tot herstel die het Openbaar Ministerie op verzoek van de stedenbouwkundige inspecteur in het strafgeding uitoefent, de vordering van de stedenbouwkundige inspecteur zelf betreft, die aldus het hem wettelijk opgedragen algemeen belang waarneemt.²⁷

Het optreden van de stedenbouwkundige inspecteur is nog volgens het Hof van Cassatie niet aan de vormvereisten van de burgerlijke partijstelling of de vrijwillige tussenkomst onderworpen, voor zover de stedenbouwkundige inspecteur duidelijk zijn wil en de redenen ervan heeft te kennen gegeven en daarover tegenspraak kan worden gevoerd.²⁸

Het Hof van Cassatie aanvaardt dat de stedenbouwkundige inspecteur de herstellvordering en de motieven ervan tijdens het geding kan aanpassen aan de gewijzigde toestand van ruimtelijke ordening, voor zover die aanpassing uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening geschiedt en strekt tot het doen ophouden van de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf.²⁹

Het Grondwettelijk Hof heeft geoordeeld dat het huidige artikel 149 DRO, in die zin geïnterpreteerd dat het de stedenbouwkundige inspecteur toestaat in de hoedanigheid van *“eiser tot herstel”* als procespartij op te treden in het strafproces, de bevoegdheidsverdelende regels en het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet schendt.³⁰

²⁶ I. VAN GIEL, “De herstellvordering van het college van burgemeester en schepenen in de strafprocedure en de burgerlijke procedure na het stedenbouwkundig ‘annus horribilis’ 2005”, T. Gem. 2006, (43) 48.

²⁷ Cass. 24 februari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 289, concl. M. DE SWAEF. Zie ook G. DEBERSAQUES, “De stedenbouwkundige inspecteur als tussenkomende partij is dood... Lang leve de stedenbouwkundige inspecteur als ‘eiser tot herstel’? Of andermaal de vraag naar de plaats van het bestuur in het strafproces, *T.R.O.S.* 2004, 224-228.

²⁸ Cass. 7 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1826.

²⁹ Cass. 17 oktober 2006, *T.R.O.S.* 2007, 88, noot D. LINDEMANS.

³⁰ Grondwettelijk Hof nr. 59/2008, 19 maart 2008.

Gelet op het feit dat dus ontegensprekelijk de stedenbouwkundige inspecteur als een “partij” dient te worden beschouwd, rijst de vraag of de voorgestelde aanwezigheid van de stedenbouwkundige inspecteur op de vergaderingen van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid wel te rijmen valt met de onpartijdigheidsplicht en de wapengelijkheid.

Dit geldt des te meer nu sinds het arrest Hamer tegen België van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 november 2007 de herstellvordering valt onder het toepassingsgebied van artikel 6 E.V.R.M. en alle procedurewaarborgen die integrerend deel uitmaken van artikel 6 E.V.R.M., waaronder de redelijke termijnvereiste, zelfs indien de herstelmaatregel niet als een straf zou worden gekwalificeerd, doch louter onder het zgn. “burgerlijk luik” (“*le volet civil*.”) van artikel 6 E.V.R.M. zou vallen.³¹

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wenst de aandacht erop te vestigen dat er tot 30 oktober 1991 een min of meer gelijkaardig precedent bestond in de rechterlijke orde. Tot 30 oktober 1991 nam de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie (die overigens de eigenlijke strafvordering niet uitoefent en dus geen ‘partij’ was...) deel aan de beraadslagingen van het Hof van Cassatie. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft in de zaak Borgers deze toen wettelijke praktijk als strijdig met artikel 6 E.V.R.M. bevonden.³² In latere arresten heeft het Hof deze zienswijze steeds bevestigd.³³

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, zelfs het kunnen geven van een “*stemadvies*” door de procureur-generaal bij het Hof van Cassatie als strijdig met het recht van verdediging, en in het bijzonder de wapengelijkheid, werd bevonden.³⁴

Indien het nieuwe artikel 148*quinquies*.1. DRO zo wordt geïnterpreteerd dat de stedenbouwkundige inspecteur bevoegd voor het Vlaamse Gewest de beraadslaging over het te verlenen advies zelf niet mag bijwonen, wordt door het bijwonen van de vergadering en het kunnen verlenen van een “*stemadvies*” sowieso minstens een schijn van partijdigheid gewekt en is de wapengelijkheid niet gewaarborgd.

A fortiori is, wanneer het nieuwe artikel 148*quinquies*.1. DRO zo zou worden geïnterpreteerd dat de stedenbouwkundige inspecteur ook de beraadslaging over het te verlenen advies zelf mag bijwonen, dit ook het geval.

21. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt ten slotte nog op dat niet valt in te zien welke toegevoegde waarde de aanwezigheid van de stedenbouwkundige inspecteur bevoegd voor het Vlaamse Gewest op de “*vergadering*” en het geven van een “*stemadvies*” kan hebben. Het standpunt van de herstellvorderende overheid moet volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie immers genoegzaam bekend zijn aan de hand van de uitdrukkelijke motivering in de herstellvordering zelf.³⁵

³¹ Hof Mensenrechten, Hamer t. België, 27 november 2007, i.h.b. cons. 57: “*La Cour note que même à supposer que la mesure se rattache au volet civil de l'article 6, elle ne resterait pas moins assujettie à la condition de jugement dans un délai raisonnable.*” Dit arrest kan geraadpleegd worden via <http://www.echr.coe.int/ecbr>.

³² Hof Mensenrechten, Borgers t. België, 30 oktober 1991, *Publ. Eur. Court H.R.*, Serie A, vol. 214-A.

³³ Cf. Hof Mensenrechten, Vermeulen t. België, 20 februari 1996, *Jaarboek Mensenrechten* 1996-96, 284, noot P. VAN ORSHOVEN; Hof Mensenrechten, Van Orshoven t. België, 25 juni 1997, *Rep. Eur. Court H.R.* 1997, III, 1039. Zie ook Chr. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht, strafprocesrecht en internationaal strafrecht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 593.

³⁴ Hof Mensenrechten, Borgers t. België, 30 oktober 1991, *R.W.* 1991-92, 1118, noot A. WAUTERS. Zie i.h.b. cons. 28: “*Further and above all, the inequality was increased even more by the avocat's general participation, in an advisory capacity, in the Court's deliberation. (...) It is however hard to see how such assistance can remain limited to stylistic considerations, which are in any case often dissociable from substantive matters, if it is in addition intended, as the Government also affirmed, to contribute towards maintaining the consistency of the case-law. Even if such assistance was so limited in the present case, it could be reasonably be thought that the deliberations afforded the avocat general an additional opportunity to promote, without fear of contradiction by the applicant, his submissions to the effect that the appeal should be dismissed.*”

³⁵ Cf. Cass. 4 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2054, concl. M. DE SWAEF.

22. Evenwel dient te worden opgemerkt dat, zoals in het onderstaande tekstvoorstel, het niet voorzien in de aanwezigheid van de stedenbouwkundige inspecteur op de vergaderingen van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, in verband dient gebracht te worden met de voorstellen die de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid formuleert inzake het horen van belanghebbenden.³⁶

3. Alternatief tekstvoorstel

23. Gelet op wat hierboven werd uiteengezet, stelt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor om het nieuwe artikel 148^{quater}.2 DRO te vervangen als volgt:

Artikel 148^{quater}.2.

Een lid van de Hoge Raad mag geen politiek mandaat uitoefenen.

Het is de leden verboden om mondeling of schriftelijk de verdediging te voeren van of consult te geven aan belanghebbenden in de zaken waarin de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid of de Hoge Raad voor het Herstelbeleid reeds eerder advies uitbracht en aan welke adviesverlening ze deelnamen. Leden die reeds eerder mondeling of schriftelijk de verdediging voerden of consult gaven aan belanghebbenden die feiten pleegden waarover het advies van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid wordt ingewonnen, mogen niet deelnemen aan deze adviesverlening.

Het nieuwe artikel 148^{quinquies}.1. DRO dient te worden geschrapt.

³⁶ *Infra*, nr. 45 e.v.

II. DE SAMENSTELLING VAN DE HOGE RAAD VOOR HET HANDHAVINGSBELEID

1. De huidige regeling

24. Volgens artikel 9bis, §2, derde lid DRO is de samenstelling van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid als volgt:

- 1° de voorzitter, die o.a. ten minste 10 jaar het ambt van magistraat in de rechtbanken en hoven of in de Raad van State moet hebben bekleed;
- 2° 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 (de zgn. “leden-magistraten”);
- 3° drie leden met elk minimaal 5 jaar werkervaring inzake de ruimtelijke ordening (de zgn. “leden-deskundigen”);
- 4° de vaste secretaris.

De bestaande regeling komt tegemoet aan de verzuchting dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid over voldoende competenties beschikt om zijn rol als gewestelijk adviesorgaan te kunnen vervullen.

2. De voorgestelde regeling

25. Het nieuwe artikel 148^{quater}, §1 DRO bepaalt dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid wordt samengesteld uit een voorzitter, drie leden-juristen die de graad van master in de rechten en ten minste tien jaar nuttige ervaring op het vlak van zowel het ruimtelijkeorderingsrecht als de rechtsbescherming tegen bestuurlijk optreden bezitten, en daarnaast drie leden-deskundigen die ten minste tien jaar nuttige ervaring op het vlak van “*ruimtelijk beleid*” hebben.

26. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat wat de leden-deskundigen betreft de voorwaarde verengd werd van werkervaring op het vlak van de “*ruimtelijke ordening*” tot werkervaring op het vlak van het “*ruimtelijk beleid*”.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid kan deze verenging niet bijtreden, nu de decreetgever zelf in het nieuwe artikel 148^{bis}, §2, tweede lid, 2° DRO bepaalt dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid in zijn adviespraktijk rekening o.a. houdt met het recht en met de weerslag van inbreuken op de plaatselijke ordening, “*zijnde het niveau van de goede ruimtelijke ordening van naburige percelen dat zou worden behaald indien zich geen schade ingevolge een in artikel 146 vermeld misdrijf zou hebben voorgedaan*”.

Dit sluit aan bij de thans gehanteerde criteria waarmee de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in zijn huidige adviespraktijk rekening houdt.³⁷

³⁷ Zie het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstellvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviesaanvragen, 12-13, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

De decreetgever bevestigt dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid de adviesaanvragen zal dienen te beoordelen vanuit de goede ruimtelijke ordening³⁸, wat een veel ruimer begrip is dan louter het “*ruimtelijk beleid*”. Het hebben van nuttige werkervaring op het vlak van “*ruimtelijk beleid*” impliceert derhalve nog niet dat men affiniteit heeft met de notie “*goede plaatselijke ordening*” c.q. “*goede ruimtelijke ordening*” die immers begrippen uit het recht en uit de vergunningspraktijk (en niet uit het ruimtelijk beleid) zijn.

Het is dan ook in het licht van de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid noodzakelijk dat de notie “*ruimtelijke ordening*” niet verengd zou worden tot “*ruimtelijk beleid*”.

Er wordt dan ook voorgesteld om terug te grijpen naar de huidige omschrijving van artikel 9bis, §2, derde lid, 3° DRO.

27. In het voorontwerp van decreet wordt tevens voorzien in de installatie van een “*Bureau*”, dat bevoegd is voor het nemen van “*operationele beslissingen*”.

Het is de Hoge Raad voor het Herstelbeleid niet duidelijk wat juist bedoeld wordt en welke de draagwijdte is van de kwestieuze “*operationele beslissingen*”. Het is aangewezen dat de decreetgever over dit punt meer duidelijkheid schept.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt overigens nog op dat, voor zover het niet de bedoeling van de decreetgever zou zijn dat de kosten inzake personeel mede ten laste komen van de aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid door de Vlaamse regering ter beschikking gestelde werkingsmiddelen, er niet valt in te zien welke de toegevoegde waarde is van een bijkomend intern orgaan als een “*Bureau*”³⁹, te meer daar de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid een zeer beperkte samenstelling met slechts 7 leden kent.

3. Alternatief tekstvoorstel

28. Gelet op wat hierboven werd uiteengezet doet de Hoge Raad voor het Herstelbeleid dan ook het volgende tekstvoorstel.

Artikel 148^{quater}.§1.

De Hoge Raad wordt samengesteld uit een voorzitter, drie leden-juristen en drie leden-deskundigen.

De voorzitter en de leden-juristen bezitten de graad van master in de rechten en bezitten ten minste tien jaar nuttige ervaring op het vlak van zowel het ruimtelijkeordeningsrecht als de rechtsbescherming tegen bestuurlijk optreden.

De leden-deskundigen bezitten ten minste tien jaar nuttige ervaring op het vlak van de ruimtelijke ordening.

³⁸ Volgens de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof moeten de hoven en rechtbanken nagaan of de beslissing van de herstellende overheid om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Zie b.v. Grondwettelijk Hof nr. 46/2005, 1 maart 2005, cons. B.18.1

³⁹ Cf. het nieuwe artikel 148quinquies.7 DRO, waarin wordt bepaald dat de Vlaamse regering binnen de beschikbare begrotingskredieten de Hoge Raad de nodige werkingsmiddelen ter beschikking stelt.

III. HET AS BUILT-ATTEST

1. De voorgestelde regeling

29. In “*Hoofdstuk II. Vergunningsplicht*”, “*Afdeling 1. Soorten vergunningen*”, “*Onderafdeling 1. Stedenbouwkundige vergunningen*”, “*Sectie 4. As built-attest*” wordt de rechtsfiguur van het as built-attest geïntroduceerd.

Alhoewel hieromtrent in de Memorie van Toelichting niets bepaald wordt, kan worden aangenomen dat het de bedoeling van de decreetgever is om aan de problematiek van de geschillen die kunnen rijzen omtrent het al dan niet conform de afgeleverde stedenbouwkundige vergunning oprichten van een constructie in het decreet tegemoet te komen.

Deze verzuchting kan door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid worden bijgetreden.

30. Volgens het nieuwe artikel 93.5, §1 DRO is het as built-attest “*een attest waarin wordt verklaard dat handelingen betreffende een constructie of een gebouwencomplex niet of slechts marginaal afwijken van de vergunde of aangemelde plannen*”.

Het nieuwe artikel 93.5, §2 DRO bepaalt dat, in het geval van marginale afwijkingen, het as built-attest in de plaats treedt van de vergunde of aangemelde plannen, op voorwaarde dat het wordt gevalideerd door de gemeentelijke stedenbouwkundige ambtenaar (of zijn gemachtigde) in de ontvoogde gemeenten of het college van burgemeester en schepenen (of zijn gemachtigde) in de niet-ontvoogde gemeenten.

Naar luid van het nieuwe artikel 93.8 DRO wordt de beslissing van de attesterende instantie of persoon over de afgifte van een as built-attest genomen binnen een ordetermin van dertig kalenderdagen, die ingaat de dag na deze van de indiening van de aanvraag.

31. In het voorontwerp van decreet is evenwel geen enkele koppeling voorzien met de herstellvordering door de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen.

Er wordt niet uitdrukkelijk bepaald welke de specifieke rechtsgevolgen zijn van een – in het geval van marginale afwijkingen nadien op de door het decreet bepaalde wijze gevalideerd – as built-attest, in het bijzonder naar de herstellvordering toe.

32. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid is van oordeel dat het beschikken als titularis van een goed over een – in het geval van marginale afwijkingen nadien op de door het decreet bepaalde wijze gevalideerd – as built-attest, met zich meebrengt dat dient te worden aangenomen dat de kwestieuze constructie *ab initio* werd opgericht conform aan de vergunde of aangemelde plannen, zodat er nooit sprake was van een stedenbouwkundig misdrijf uit hoofde van enige niet conforme uitvoering.

In voorkomend geval is een eventuele herstellvordering dan ook zonder voorwerp bij gebreke aan een inbreuk op de vergunningsplicht⁴⁰ en bestaat er geen aanleiding voor het vorderen van een herstelmaatregel op deze grond door de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen.

⁴⁰ Immers, is er krachtens de huidige artikelen 99 of 101 DRO (in de toekomst: de artikelen 93 en 94) geen vergunningsplicht, dan is er ook geen misdrijf. In de rechtsleer wordt dan ook wel gesteld dat het stedenbouwkundig misdrijf “administratief afhankelijk” is gemaakt. Zie D. DE WOLF, “*Constitutieve bestanddelen van de stedenbouwmisdrijven in het Vlaamse Gewest: een eindeloze bron van betwistingen*”, in A. DE NAUW. (ed.), *De groeipijnen van het strafrecht*, Brugge, die Keure, 2007, 115.

33. Aangezien een as built-attest een specifieke vorm van een regularisatievergunning betreft, met dien verstande dat een constructie dient te worden geacht *ab initio* conform aan de vergunde of aangemelde plannen te zijn opgericht, dient, in het geval van een koppeling met de milieuvergunning⁴¹, ook de verhouding met de milieuvergunning decretaal te worden gepreciseerd.

Het verdient aanbeveling dat het één en het ander uitdrukkelijk zou worden bepaald in het decreet.

34. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid vindt het tevens noodzakelijk dat, met het oog op de publiciteit naar de herstellende overheid (de stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen), derden en instrumenterende ambtenaren toe, alle beslissingen in het kader van de door het decreet bepaalde procedure inzake het as built-attest worden opgenomen in het vergunningenregister.^{42 43}

35. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wenst er ook op te wijzen dat de in het nieuwe artikel 93.11, 2° DRO aan de Vlaamse regering verleende delegatie in te algemene bewoordingen is gesteld. Het verdient bovendien aanbeveling dat in de ontworpen bepaling de criteria worden omschreven aan de hand waarvan de Vlaamse regering deze delegatie verder kan invullen.

2. Alternatief tekstvoorstel

36. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt dan ook voor dat onmiddellijk aansluitend op het nieuwe artikel 93.11, een nieuw artikel in “*Hoofdstuk II. Vergunningsplicht*”, “*Afdeling 1. Soorten vergunningen*”, “*Onderafdeling 1. Stedenbouwkundige vergunningen*”, “*Sectie 4. As built-attest*” wordt gevoegd, dat luidt als volgt:

Artikel 93.11bis, §1.

Door de afgifte van een, in voorkomend geval gevalideerd, as built-attest wordt een constructie of een gebouwencomplex geacht van bij de oprichting conform de vergunde of aangemelde plannen te zijn opgericht, onverminderd de toepassing van artikel 115, §2.

⁴¹ Het nieuwe artikel 115 DRO regelt de verhouding tussen de stedenbouwkundige vergunning en de milieuvergunning in het geval van een koppeling tussen beide.

⁴² Cf. artikel 134bis, §1, 7° DRO.

⁴³ *Infra*, nr. 152.

IV. HET UITDOVEND WOONRECHT

1. Situering van het probleem

37. Met betrekking tot de problematiek van de weekendverblijven wordt er **voor het eerst** in een **oplossing** bij decreet voorzien.

De problematiek van de weekendverblijven sleept reeds decennialang aan. De weekendverblijven die, al dan niet vergund, werden opgericht in recreatiegebieden lenen zich niet tot permanente bewoning.

Artikel 16 van het koninklijk besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerp-gewestplannen en de gewestplannen (hierna: “het Inrichtingsbesluit”) bepaalt wat volgt:

“5. De recreatiegebieden:

5.0. De recreatiegebieden zijn bestemd voor het aanbrengen van recreatieve en toeristische accommodatie, al dan niet met inbegrip van verblijfsaccommodatie. In deze gebieden kunnen de handelingen en werken aan beperkingen worden onderworpen ten einde het recreatief karakter van de gebieden te bewaren.

5.1. De gebieden voor dagrecreatie bevatten enkel de recreatie en toeristische accommodatie, bij uitsluiting van alle verblijfsaccommodatie.

5.2. De gebieden voor dag- en verblijfsrecreatie zijn bestemd voor de recreatieve en toeristische accommodatie, alsmede de verblijfsaccommodatie met inbegrip van de kampeertreinen, de gegroepeerde chalets, de kampeerverblijfparken en de weekendsverblijfparken.”⁴⁴

38. Wat de weekendverblijven betreft, is in de huidige regelgeving enkel het intermitterende verblijf in de betreffende constructie toegelaten. Het permanent bewonen van een weekendverblijf maakt een strijdig gebruik uit en behelst derhalve een stedenbouwkundig misdrijf. De stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen kunnen een herstelmaatregel benaarstigen, b.v. de staking van het strijdig gebruik.

De gemeenten zijn echter verplicht om de bewoners van een weekendverblijf, die er niet op intermitterende, doch op permanente wijze hun hoofdverblijfplaats wensen te vestigen, in te schrijven in het bevolkingsregister. In een schrijven van de federale overheidsdienst Binnenlandse Zaken wordt immers gevraagd aan de gemeente een politieonderzoek in te stellen en binnen de vijftien dagen een omstandig rapport te versturen naar de regionale afvaardiging. Tevens wordt door de federale overheidsdienst Binnenlandse Zaken aan de betrokken gemeente gevraagd, indien de betrokkenen zich daadwerkelijk daar gevestigd hebben, mee te delen welke maatregelen door de gemeente getroffen werden voor de inschrijving van de betrokkenen in het bevolkingsregister in het licht van de artikelen 9 en 15 van het koninklijk besluit van 16 juli 1992 betreffende het houden van de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister.⁴⁵

⁴⁴ De verschillende vormen van verblijfsaccommodatie kunnen onder het decreet van 3 maart 1993 houdende het statuut van de terreinen voor openluchtrecreatieve verblijven, het koninklijk besluit van 30 oktober 1973 betreffende de weekendverblijfparken of het koninklijk besluit van 31 december 1975 betreffende de weekendverblijfparken in de kustgemeenten vallen. Zie b.v. G. DEBERSAQUES, “Wonen op wielen. De juridische aspecten van de vaste bewoning van kampeertreinen door kansarmen. Een benadering vanuit de invalshoek stedenbouw en ruimtelijke ordening”, *T.R.O.S.* 1996, 68-75 en F. MADDENS, “Weekendwoningen in Vlaanderen”, *T.R.O.S.* 1998, 490-503.

⁴⁵ Zie artikel 16, §2, eerste lid van het koninklijk besluit van 16 juli 1992 betreffende de bevolkingsregisters en het vreemdelingenregister: “Er mag geen enkele inschrijving als hoofdverblijfplaats geweigerd worden omwille van de veiligheid, de gezondheid, het urbanisme of de ruimtelijke ordening”. Zie, met betrekking tot de problematiek van de

39. De problematiek van de permanente bewoning van weekendverblijven werd reeds in het Vlaams Parlement behandeld.

Op 27 juni 2002 werd in het Vlaams parlement een beleidsplan “Problematiek weekendverblijven” neergelegd.⁴⁶ Dit beleidsplan voorziet ondermeer in een planmatige aanpak per cluster van weekendverblijven, waarbij de drie beleidsniveaus, nl. het Vlaamse gewest, de provincies en de gemeenten, betrokken worden. Met de resolutie betreffende de problematiek van de weekendverblijven van 15 januari 2003⁴⁷ wordt aan de Vlaamse regering gevraagd bij het voeren van een concreet handhavingsbeleid inzake de weekendverblijven uit te gaan van volgende krachtlijn:

“Zolang de Vlaamse regering de planologische voorstellen van de gemeente niet heeft aanvaard, worden de inbreuken in verband met de illegale weekendverblijven vastgesteld in processen-verbaal. Voor de clusters in de gemeenten, die zich effectief tot het opmaken van een inventaris bereid hebben verklaard, wordt aan de administratie opdracht gegeven, zowel op het ogenblik van het overmaken van de herstellvordering aan het parket als op het ogenblik van het uitvoeren van de definitieve gerechtelijke uitspraak, om iedere verdere procedure op te schorten tot de planologische uitspraak binnen het vooropgestelde tijdsplan bekend is, voorzover dit niet leidt tot het verval van de strafvordering alsook zijn burgerlijke gevolgen of tot het verval van de uitvoering van de definitieve gerechtelijke uitspraak. Wanneer geen planmatige oplossing kan worden gerealiseerd en mits het weekendverblijf op 1 juli 1999 effectief permanent bewoond is door de huidige eigenaar en/of bewoner, dient de Vlaamse regering over de mogelijkheid te beschikken om de vordering tot afbraak om sociaal dwingende redenen te koppelen aan een uitdovend woonrecht op betreffende locatie tot op een billijke wijze in een geschikte herhuisvesting kan worden voorzien.”

Inmiddels is vooroverleg gebeurd tussen de provinciale en de gemeenten over de planmatige aanpak van de problematiek van de weekendverblijven. Een echte totaaloplossing over de verschillende gemeenten in het Vlaamse gewest heen werd echter tot op heden niet gerealiseerd.

2. De voorgestelde regeling

40. De decreetgever heeft het, blijkens het te adviseren voorontwerp, wenselijk geacht een decretale regeling voor de weekendverblijven uit te werken. Gelet op het feit dat de planologische benadering tot op heden geen oplossing heeft geboden voor de problematiek van de weekendverblijven in alle betrokken gemeenten van het Vlaamse gewest, kan de *ratio legis* van de voorgestelde regeling worden bijgetreden.

41. De krachtlijnen van de voorgestelde regeling laten zich als volgt samenvatten.

Het nieuwe artikel 145 DRO definieert een “weekendverblijf” als “een al dan niet verplaatsbare en vergunningsplichtige constructie die krachtens de stedenbouwkundige voorschriften niet tot permanente bewoning kan worden bestemd, met een maximaal bouwvolume van 300 m³”.

Er wordt in eerste instantie nog steeds gezocht naar een planologische oplossing voor de problematiek van de weekendverblijven. De bevoegde bestuursniveaus dienen luidens het nieuwe artikel 145bis DRO hun onderzoeken uiterlijk op 30 april 2010 af te ronden.

Het nieuwe artikel 145ter, §1 DRO kent een “uitdovend woonrecht” toe aan de eigenaars van een weekendverblijf die dit verblijf permanent bewonen. Er dient voldaan te zijn aan drie cumulatieve voorwaarden:

inschrijving in het bevolkingsregister, R. FREDERICKX, “Inschrijving in de bevolkingsregisters en de zones voor verblijfsrecreatie”, *T. Gem.* 1992, 293-299 en P. SENAËVE, “Wonen op wielen. Problemen rond de inschrijving van campingbewoners in de bevolkingsregisters”, *T.R.O.S.* 1996, 76-81.

⁴⁶ *Parl. St.* VI. Parl. 2001-02, nr. 1266/1.

⁴⁷ *Parl. St.* VI. Parl. 2002-03, nr. 1484/3.

- 1° de begunstigden betrekken het weekendverblijf als hoofdverblijfplaats blijkens een voorlopige of definitieve inschrijving in het bevolkingsregister of het vreemdelingenregister van de betrokken gemeente, voor zover de inschrijving dateert van vóór 18 januari 2008;
- 2° de begunstigden zijn geen eigenaar van een andere woning;
- 3° het weekendverblijf voldoet aan de woonkwaliteitsnormen, als vermeld in het decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode.

42. Naar luid van het nieuwe artikel 145^{ter}, §2 DRO houdt het uitdovend woonrecht in hoofde van de begunstigde ervan het recht in om het betrokken weekendverblijf permanent te blijven bewonen.

Titels die door de overheid namens het algemeen belang werden verkregen vóór de toekenning van het uitdovend woonrecht⁴⁸, worden niet ten uitvoer gelegd zolang het uitdovend woonrecht bestaat.

De verjaring van het recht op uitvoering van de titel⁴⁹ blijft evenwel geschorst tijdens de volledige duur van het uitdovend woonrecht. De rechter die een herstelmaatregel, niet zijnde de betaling van een meerwaarde, beveelt met betrekking tot een onroerend goed waarop een uitdovend woonrecht rust, bepaalt het aanvangspunt van de termijn voor de uitvoering van de herstelmaatregel op het tijdstip waarop het uitdovend woonrecht een einde neemt.

Het nieuwe artikel 145^{ter}, §3 DRO bepaalt verder nog de omstandigheden waarin het uitdovend woonrecht komt te vervallen.

Het nieuwe artikel 145^{ter}, §4 DRO voorziet tevens in de mogelijkheid van een declaratieve akte waarin het bestaan en het verval worden vastgesteld. De Vlaamse regering kan met betrekking tot de voornoemde akte nadere uitvoeringsbesluiten nemen. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid is van oordeel dat het met oog op de publiciteit dat deze akte eveneens wordt opgenomen in het vergunningenregister.

43. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat, gelet op het nieuwe artikel 145^{ter}, §2 DRO, er in de voorgestelde regeling op duidelijke wijze wordt teruggekoppeld naar het luik handhaving, zodat de door de decreetgever voorgestelde regeling een kader biedt voor de toekomstige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid gaat, gelet op deze uitdrukkelijk voorziene koppeling, principieel akkoord met het door de decreetgever voorgenomen regime inzake het uitdovend woonrecht.

44. De raad stelt vast dat artikel 145^{ter} DRO een vaste datum opgeeft en wijst erop dat zulks mogelijk juridische problemen kan geven. Mocht de decreetgever willen afstappen van deze vaste datum, zou als alternatief een datum kunnen worden gevonden in de koppeling met de in artikel 145^{bis} DRO van het voor de planopmaak bevoegde bestuursniveau. Concreet houdt dit in dat als vaste datum de datum van de voorlopige vaststelling van het structuurplan of ruimtelijk uitvoeringsplan van het bevoegde bestuursniveau kan gelden. De koppeling aan een voorlopig vastgesteld ruimtelijk uitvoeringsplan is niet onlogisch aangezien dit reeds thans in andere domeinen bestaat (zie artikel 102, §1 DRO).

⁴⁸ I.e. een rechterlijk bevel waarbij aan de veroordeelde(n) een herstelmaatregel wordt opgelegd, al dan niet onder verbeurte van een dwangsom.

⁴⁹ I.e. de vordering tot tenuitvoerlegging van een uitvoerbare afgifte (grosse) van een titel, of de zgn. “*actio judicati*”.

V. HET HOREN VAN BELANGHEBBENDEN

1. De huidige regeling

45. In de huidige adviesprocedure van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid worden met toepassing van artikel 29 c.q. 31 van het bij besluit van de Vlaamse regering op 16 december 2005 goedgekeurde huishoudelijk reglement de ter zake dienstige stukken aan het dossier gevoegd door de herstellvorderende overheid.

Stukken die aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid door andere partijen, of hun raadsman, worden overgemaakt, worden met toepassing van artikel 33, lid 2 van het huishoudelijk reglement uit de besluitvorming geweerd.

Thans wordt noch in het decreet, noch in het huishoudelijk reglement, voorzien dat de herstellvorderende overheid, of enige andere persoon, wordt gehoord voorafgaand aan de behandeling van een adviesaanvraag op de vergadering door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

2. De voorgestelde regeling

46. Het nieuwe artikel 148^{quinquies}.2, §1, lid 1 DRO bepaalt dat *“de Hoge Raad belanghebbenden schriftelijk of mondeling (kan) horen, telkens wanneer hij dit nodig acht voor een zorgvuldige feitenvinding of voor de eerbiediging van het verdedigingsbeginsel”*.

Het nieuwe artikel 148^{quinquies}.2, §1, lid 2 DRO omschrijft welke natuurlijke of rechtspersonen als belanghebbenden dienen te worden verstaan.

Het nieuwe artikel 148^{quinquies}.2, §1, lid 3 DRO bepaalt verder nog dat *“het horen kan geschieden op vraag van de Hoge Raad, indien hij belanghebbenden kan aanwijzen op grond van het dossier”* en dat *“belanghebbenden tevens op eigen verzoek (kunnen) gehoord worden”*.

Het nieuwe artikel 148^{quinquies}.2, §2 *juncto* 148^{quinquies}.2, §3 DRO bepaalt op welke wijze het *“mondeling horen”* dient te gebeuren.

3. Beoordeling van de voorgestelde regeling

47. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid kan de visie die de decreetgever heeft over de nieuwe adviesprocedure, waarin belanghebbenden mondeling zouden worden gehoord, niet bijtreden.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid verwijst te dezen naar wat hij reeds in het beleidsadvies van 23 oktober 2006 deed gelden, meer bepaald dat er geen noodzaak wordt ervaren tot het organiseren van een tegensprekelijk debat.

Gelet op het feit dat de herstellvorderingen van de herstellvorderende overheden vallen onder het rechterlijke wettigheidstoezicht van de hoven en de rechtbanken⁵⁰, en dat voor de justitiële rechter een volwaardig, tegensprekelijk gerechtelijk debat kan gevoerd worden, is het niet aangewezen dat een tegensprekelijk debat voor de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid als orgaan van actief bestuur wordt gevoerd⁵¹, temeer daar de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid enkel een adviesorgaan is en geen beroepsinstantie.

48. Door het voorzien in het **mondeling horen** van belanghebbenden zoals door het decreet aangeduid, wordt de adviesprocedure voor de Hoge Raad voor het Handhavingbeleid daarnaast aanzienlijk verzwaaard.

Het is niet opportuun dat de procedure voor de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid in aanzienlijke mate verzwaaard wordt, terwijl thans de adviesaanvragen van de stedenbouwkundige inspecteur en de colleges van burgemeester en schepenen die met toepassing van artikel 149 c.q. 151 DRO voor advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid worden voorgelegd, een gemiddelde doorlooptijd van 35,6 dagen⁵² kennen.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wijst erop dat, gelet op het arrest Hamer tegen België van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 november 2007⁵³ waarbij door het Hof een veroordeling werd uitgesproken wegens de overschrijding van de redelijke termijn en hiermee gepaard gaande schending van artikel 6.1. E.V.R.M., een daadkrachtig handhavingsbeleid zich opdringt, waarbij van zodra het eerste politionele of justitiële contact met de overtreder plaatsvond (b.v. door het opmaken van een proces-verbaal van vaststelling wegens een stedenbouwkundig misdrijf, door het verhoren van een verdachte,...) er door alle betrokken actoren, incl. de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid alert en diligent dient te worden gehandeld.

Een verzwaring van de procedure voor de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, door er reeds een debat te laten voeren dat hoe dan ook nog eens moet worden overgedaan voor de bevoegde rechter, is reeds vanuit deze optiek niet wenselijk.

49. Het horen van belanghebbenden zoals thans door de decreetgever wordt voorzien, zal wat de in het nieuwe artikel 148^{quinquies}.2., §1, lid 2, 2° en 3° DRO vernoemde belanghebbenden betreft **dode letter** blijven.

Opdat het horen kan geschieden, dient de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid immers de belanghebbenden te kunnen aanwijzen op grond van het dossier.

⁵⁰ Volgens het Hof van Cassatie kunnen de hoven en rechtbanken onderzoeken of de herstellvordering niet is aangetast door machtsoverschrijding of machtsafwendings, dan wel steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is. Dit betreft weliswaar een marginale toetsing. Zie o.a. Cass. 15 juni 2004, *T.R.O.S.* 2004, 234, concl. M. DE SWAEF.

⁵¹ Het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstellvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviesaanvragen, 17, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

⁵² *Cf.* Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2007, 10, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

⁵³ Hof Mensenrechten, Hamer t. België, 27 november 2007, i.h.b. cons. 57 t.e.m. 63, te raadplegen op <http://www.echr.coe.int/echr>. In dit arrest wordt overigens de afbraak, i.e. het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand volgens de huidige terminologie van artikel 149 DRO, gekwalificeerd als een straf in de zin van artikel 6 E.V.R.M. Voor een eerste, uitvoerige commentaar in de rechtsleer, zie F. VAN VOLSEM, "De redelijke termijn: een Straatburgse hakbijl voor het herstel van de plaats in de vorige staat?", *RABG* 2008, 422-431.

De rechtspersonen die voldoen aan de voorwaarden als vermeld in artikel 2 van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake de bescherming van het leefmilieu, i.e. de lokale verenigingen⁵⁴, van wie de gediende collectieve belangen bedreigd of geschaad worden, i.e. de belanghebbende uit de tweede categorie, kunnen – zo blijkt uit de huidige adviespraktijk– niet worden aangewezen op grond van het dossier bij gebrek aan gegevens hieromtrent in het dossier dat aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wordt overgemaakt. In de voorgestelde regeling zullen deze rechtspersonen *de facto* niet kunnen worden gehoord op initiatief van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

Ook de derden die in hun rechten worden geraakt door het stedenbouwkundig misdrijf, i.e. de belanghebbenden uit de derde categorie, kunnen in de huidige adviespraktijk zelden worden geïdentificeerd op basis van het voorgelegde dossier. Zo wordt in het aanvankelijk proces-verbaal van vaststelling door de verbaliserende ambtenaar niet altijd melding gemaakt van een klachtindienaar, kan de vermelde klachtindienaar verhuisd zijn, kan er ook een anonieme klacht zijn ingediend, is het mogelijk dat de klacht zover in de tijd teruggaat dat de klachtindienaar niet meer aangeduid kan worden. Belanghebbende derden die nog geen klachten indienen, worden in het dossier bovendien zelfs helemaal niet vermeld.

50. Indien de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid belast zou worden met het identificeren van alle potentiële belanghebbenden, dan moet het permanent secretariaat worden uitgebreid met extra personeelsleden die het nodige onderzoek ter zake kunnen doen zonder dat de behandeling van de dossiers daarbij vertraging oploopt, b.v. inzonderheid een bevraging bij het kadaster, of het organiseren van een buurtonderzoek naar de identiteit van de betrokkene.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid acht dit niet wenselijk.

51. Het organiseren van b.v. een openbaar onderzoek, waarbij de herstellende overheid aan de potentiële belanghebbenden haar intentie om een herstelmaatregel voor advies aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid voor te leggen, kenbaar maakt en deze vervolgens uitnodigt om hun schriftelijke opmerkingen te doen gelden, is, gelet op het geheime karakter van het strafrechtelijk vooronderzoek en gelet op het feit het stedenbouwkundig misdrijf nog niet door de rechter ten gronde bewezen werd verklaard, geen alternatief. Ook de privacy verzet zich ertegen dat de identiteit van de nog niet veroordeelde overtreder, ten aanzien van wie het vermoeden van onschuld geldt, door een openbaar onderzoek publiekelijk bekend zou worden gemaakt.

4. Alternatieve regeling

52. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt een alternatieve regeling voor, waarbij de belanghebbenden door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid **schriftelijk** kunnen worden gehoord, wat inhoudt dat de belanghebbenden in voorkomend geval op schriftelijke wijze hun standpunt naar voren kunnen brengen.

53. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid acht het wenselijk dat de uitdrukkelijke vermelding naar enkel de criteria van een zorgvuldige feitenvinding en de eerbiediging van het verdedigingsbeginsel niet wordt behouden.

Hoewel het evident is dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid na een zorgvuldige feitenvinding en met eerbiediging van het verdedigingsbeginsel, minstens het recht om zijn standpunt naar voren te brengen, een advies verleent, valt niet uit te sluiten dat ook andere gronden aanleiding kunnen geven tot het horen van belanghebbenden.

⁵⁴ Verenigingen of rechtspersonen met een supralokale actieradius, zoals b.v. Greenpeace of de Bond Beter Leefmilieu zijn uitgesloten.

Zo kan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid het nodig achten om de in het nieuwe artikel 148*quinquies*.2., §1, tweede lid, 1° DRO vermelde personen, b.v. de overtreder zelf, de mogelijkheid te bieden schriftelijk zijn standpunt omtrent de weerslag van de inbreuken op de rechten van derden en op de plaatselijke ordening, of zijn analyse omtrent bepaalde aspecten (b.v. zijn de geviseerde werken, handelingen of wijzigingen wel vergunningsplichtig, zijn de feiten niet verjaard?) van “het recht” naar voren te brengen.⁵⁵

Hieraan wordt in het onderstaande tekstvoorstel tegemoet gekomen.

54. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid acht het niet wenselijk dat het schriftelijk horen tevens kan geschieden op verzoek van de belanghebbenden.

Dit zou een bijzonder grote administratieve last voor het permanent secretariaat met zich meebrengen, waarbij de vraag kan gesteld worden wat de toegevoegde waarde is van de verdere toelichting die de belanghebbende meent te moeten verschaffen en of die toegevoegde waarde wel opweegt tegen de te verwachten bijkomende administratieve last.

Het is wenselijk dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid zelf oordeelt of de belanghebbende al dan niet schriftelijk wordt gehoord.

Hieraan wordt in het onderstaande tekstvoorstel tevens tegemoet gekomen.

55. De door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid gesuggereerde procedure kan verder concreet worden uitgewerkt in het procedureglement⁵⁶.

5. Alternatief tekstvoorstel

56. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt voor dat het nieuwe artikel 148*quinquies*.2 DRO wordt vervangen als volgt:

Artikel 148*quinquies*.2.

De Hoge Raad kan belanghebbenden schriftelijk horen.

Voor de toepassing van het eerste lid wordt onder “belanghebbende” begrepen:

- 1° personen die getroffen worden of kunnen worden door de maatregel waaromtrent de Hoge Raad is geadieerd;**
- 2° rechtspersonen die voldoen aan de voorwaarden als vermeld in artikel 2 van de wet van 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu, in zoverre de gediende collectieve belangen bedreigd of geschaad worden door het in artikel 146 vermelde misdrijf dat aanleiding geeft tot de maatregel waaromtrent de Hoge Raad is geadieerd;**
- 3° derden die in hun rechten worden geraakt door het in artikel 146 vermelde misdrijf dat aanleiding geeft tot de maatregel waaromtrent de Hoge Raad is geadieerd.**

Het horen van belanghebbenden wordt nader geregeld door het in artikel 148*quinquies*.5 vernoemde procedure- en werkingsreglement.

⁵⁵ I.e. de criteria vermeld in artikel 148*bis*, §2, tweede lid DRO.

⁵⁶ Cf. het nieuwe artikel 148*quinquies*.5 DRO.

VI. DE JURIDISCHE AARD EN DE BINDEnde KRACHT VAN DE ADVIEZEN

57. De juridische aard van de adviezen wordt in dit bestek onderzocht met betrekking tot drie soorten adviezen:

- Het advies betreffende de herstellvordering (VI.1);
- Het advies betreffende de ambtshalve uitvoering (VI.2);
- Het advies betreffende de opeenvolgende herstellvorderingen (VI.3).

VI.1. Het advies betreffende de herstellvordering

1. Huidige regeling

58. In zijn jaarverslag van 2005 wees de Hoge Raad voor het Herstelbeleid met betrekking tot het eensluidend advies in de zin van artikel 149, §1, eerste lid, laatste zin DRO, erop dat “*dit eensluidend advies – dat derhalve bindend is (Parl. St. VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/1, 10) voor de vorderende overheid – een substantiële pleegvorm (is) en voorafgaand (moet) worden ingewonnen voor de vordering bij het parket aanhangig wordt gemaakt*”.⁵⁷

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid bevestigt dat in de toekomst de adviezen over de herstellvordering nog steeds bindend zullen zijn voor de herstellvorderende overheid, doch uiteraard niet voor de justitiële rechter.

Volgens de vaste cassatierechtspraak is de justitiële rechter bevoegd om de herstellvordering op haar interne en externe wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel op machtsoverschrijding of machtsafwending berust, terwijl het niet aan de rechter staat de opportuniteit van de vordering te beoordelen.⁵⁸

2. Voorgestelde regeling

2.1. Omschrijving in het decreet en precisering in de Memorie van Toelichting

59. De juridische aard van het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wordt thans in het decreet uitdrukkelijk bepaald.

Thans wordt in het nieuwe artikel 148ter.3, §3, tweede lid DRO gesteld dat “*de (...) beslissing (om geen positief meerderheidsadvies af te leveren) een administratieve rechtsbehandeling (is)*”.

Voor enige verdere verduidelijking dient de Memorie van Toelichting erop te worden nagelezen:

*“De beslissing om geen positief advies uit te brengen heeft specifieke rechtsgevolgen: een herstellvordering c.q. de uitvoering van een herstelmaatregel wordt niet meer mogelijk. Om die reden wordt dergelijke beslissing duidelijkheidshalve geduid als een administratieve bestuursbehandeling, die uiteraard onderworpen is aan de beginselen van behoorlijk bestuur; daarenboven lijkt het evident dat dergelijke handeling door belanghebbende derden aangevochten kan worden bij de Raad van State in de mate dat ze de tot beslissen bevoegde overheid binden of diens beoordelingsbevoegdheid beperken.”*⁵⁹

⁵⁷ Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2005, 4, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke ordening.be>.

⁵⁸ Cass. 4 december 1990, R.W. 1991-92, 119, noot D. D’HOOGHE.

⁵⁹ Voetnoot 25, Memorie van Toelichting, 77.

2.2. Vergelijking met de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State

60. Het is allerm minst “*evident*” dat de beslissing om geen positief meerderheidsadvies uit te brengen⁶⁰ aangevochten zou kunnen worden voor de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wenst te dezen in herinnering te brengen dat reeds in zijn jaarverslag van 2005 het volgende werd gesteld:

*“Naar analogie met de vaste rechtspraak inzake de aanvechtbaarheid van de herstellvordering voor de Raad van State (Cass. 4 juni 2005), mag worden aangenomen dat deze (bindende) adviezen geen voor de Raad van State aanvechtbare rechtsbehandelingen zijn. Het komt derhalve aan de rechter van de rechterlijke orde toe de wettigheid ervan te beoordelen.”*⁶¹

Voor alle duidelijkheid staat het dat in dit verband het principiële arrest van het Hof van Cassatie van 4 juni 2005, dat in Verenigde Kamers, gewezen werd nadat voor de Raad van State een conflict van attributie was gerezen, wordt geciteerd:

“Overwegende

(...)

Dat de herstellvordering een civielrechtelijke maatregel is die krachtens voornoemd artikel 149, §1, voor de strafrechter en krachtens artikel 151 van hetzelfde decreet voor de burgerlijke rechter kan gevorderd worden;

*Dat de herstellvordering **op zichzelf geen rechtsgevolgen sorteert** maar onlosmakelijk deel uitmaakt van de gerechtelijke procedure;*

*Dat de bevoegdheid van de rechtbank om te oordelen over de herstellvordering, de bevoegdheid van de Raad van State uitsluit (...).”*⁶² (eigen nadruk en onderlijning)

Met het voornoemde arrest werd dan ook elke twijfel die nog zou kunnen heersen, weggenomen: de Raad van State kan geen kennis nemen van een annulatieberoep dat gericht is tegen een herstellvordering⁶³.

Ook in de vaste rechtspraak van de Raad van State worden annulatieberoepen gericht tegen een herstellvordering verworpen.⁶⁴

⁶⁰ In de huidige adviespraktijk verleent de Hoge Raad voor het Herstelbeleid twee soorten adviezen: eensluitende of niet-eensluitende. De beslissing om geen positief meerderheidsadvies te verlenen kan echter niet zonder meer gelijkgesteld worden met het, in de huidige adviespraktijk verlenen, van een niet-eensluitend advies. *Infra*, nr. **. Daarnaast verklaart de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in de huidige adviespraktijk ook adviesaanvragen onontvankelijk, b.v. als de adviesaanvraag uitgaat van een onbevoegde instantie. Zie het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstellvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviesaanvragen, 7, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

⁶¹ Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2005, 4, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

⁶² Cass. (verenigde kamers) 10 juni 2005, *Pas.* 2005, 1281, concl. BRESSELEERS. Voor een commentaar op dit arrest in de rechtsleer, zie b.v. P. LEFRANC, “De herstellvordering is de zaak van de gewone rechter, niet van de Raad van State”, *T.M.R.* 2005, 664-665.

⁶³ Binnen het bestek van dit advies kan niet worden ingegaan op het toch ook niet onbelangrijk verschil tussen drie mogelijke stellingen: 1) de ontstentenis van enige rechtsmacht of “*imperium*” van de Raad van State ter zake, 2) de ontstentenis van enige bevoegdheid ter zake van de Raad van State, of 3) de stelling dat een herstellvordering geen aanvechtbare handeling is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De Raad van State lijkt ervan uit te gaan dat hij geen rechtsmacht heeft ter zake, *infra*, nr. 57.

⁶⁴ R.v.St., Gryp, nr. 28.121, 18 juni 1987; R.v.St., Vandijck, nr. 132.056, 4 juni 2004; R.v.St., n.v. Clarebout e.a., nr. 172.830, 27 juni 2007.

61. Nu het Hof van Cassatie oordeelt dat de herstellvordering op zichzelf al geen rechtsgevolgen sorteert, valt niet in te zien hoe de beslissing “om geen positief meerderheidsadvies af te leveren”, wél rechtsgevolgen zou kunnen hebben.

In het licht van de rechtspraak van de Raad van State overtuigt bovendien het loutere argument dat door het nemen van een beslissing “om geen positief meerderheidsadvies af te leveren”, “een herstellvordering niet meer mogelijk wordt”⁶⁵, niet.

Zo overwoog de Raad van State het volgende:

“(…) Overwegende dat ook de omstandigheid dat de strafrechter nog niet is geadieerd en de aanpassingsvordering **afhankelijk is van de beslissing van het parket om het misdrijf al dan niet te vervolgen**, op zich niet volstaat om tot de rechtsmacht van de Raad van State te besluiten; dat het de Raad van State niet toekomt om van het beroep tot nietigverklaring van de aanpassingsvordering kennis te nemen (...)”⁶⁶.” (eigen nadruk en onderlijning)

Als deze rechtspraak wordt doorgetrokken volstaat de omstandigheid dat de herstellvordering, opdat deze zou kunnen worden ingeleid voor de strafrechter dan wel de burgerlijke rechter, afhankelijk is van de beslissing van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid “om een positief meerderheidsadvies af te leveren”, op zichzelf evenmin om tot de rechtsmacht van de Raad van State te besluiten.

2.3. Vergelijking met de adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid

62. De voorstelling van zaken als zou een beslissing “om geen positief meerderheidsadvies af te leveren” inhouden dat “een herstellvordering niet meer mogelijk wordt”, gaat daarnaast voorbij aan de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

In de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid kan het voorkomen dat een “niet-eensluitend advies” wordt verleend, omdat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, gelet op de onvolledige samenstelling van het dossier, niet met kennis van zaken kan oordelen. In voorkomend geval kan, wanneer de ontbrekende, ter zake dienstige stukken alsnog door de herstellvorderende overheid aan het dossier worden gevoegd, een “eensluitend advies” worden verleend.

Het komt in de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid tevens voor dat een “niet-eensluitend advies” wordt verleend, omdat de motieven die door de herstellvorderende overheid naar voren worden gebracht, naar het oordeel van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, vanuit het oogpunt van de goede ruimtelijke ordening niet overtuigen.

In voorkomend geval kan, wanneer de herstellvorderende overheid, nadat zij de eerder voor advies voorgelegde herstellvordering opnieuw voor advies voorlegt, motieven naar voren brengt die wél, vanuit het oogpunt van de goede ruimtelijke ordening, overtuigen, een “eensluitend advies” worden verleend.⁶⁷

⁶⁵ Voor zover een “beslissing om geen positief meerderheidsadvies te verlenen” al zou inhouden dat “geen herstellvordering meer mogelijk is”. *Infra*, nr. 62 e.v.

⁶⁶ R.v.St., n.v. Clarebout e.a., nr. 172.380, 27 juni 2007, cons. 2.2.3.

⁶⁷ Er wordt binnen het bestek van onderhavig advies dan nog eens abstractie gemaakt van een bepaalde strekking binnen de rechtsleer die suggereerde dat zelfs in het geval de Hoge Raad voor het Herstelbeleid een “andersluitend advies” verleent, daar de adviesvereiste volgens diezelfde rechtsleer niet beschouwd kan worden als een toelaatbaarheids- of ontvankelijkheidsvoorwaarde bij het inleiden van een herstellvordering voor de justitiële rechter, niettemin de justitiële rechter nuttig geadieerd zou kunnen worden omtrent de eventuele onwettigheid van dat “andersluitend advies”. Zie P. LEFRANC, “Wie berecht de onoordeelkundige Hoge Raad voor het Herstelbeleid?”, *T.M.R.* 2006, 431-448. Thans is deze stelling niet langer houdbaar. Artikel 42, 7° van het voorontwerp van decreet bepaald dat artikel 149, §4 wordt vervangen, in die zin dat het “positief meerderheidsadvies” c.q. het verslag van de marginale toets op straffe van onontvankelijkheid bij de herstellvordering wordt gevoegd.

Het kan tevens voorkomen dat wanneer niet aan specifieke voorwaarden van het decreet is voldaan een adviesaanvraag onontvankelijk wordt bevonden. Evident kan, wanneer aan de voorwaarden van het decreet bij een navolgende adviesaanvraag wél is voldaan, de adviesaanvraag ontvankelijk worden bevonden. Het kan zelfs gebeuren dat in dit bijzonder geval bij de tweede adviesaanvraag een inhoudelijk identieke herstellvordering voor advies wordt voorgelegd.

Ook in dergelijke gevallen heeft de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies te verlenen*” niet tot gevolg dat een herstellvordering niet meer mogelijk wordt.

De onderstaande voorbeelden kunnen ter verduidelijking worden aangehaald.

Bij een vordering tot betaling van een geldsom gelijk aan de meerwaarde, dient de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen conform huidig artikel 149, §3, tweede lid DRO te vermelden of aan het goed nog instandhoudings- of onderhoudswerken, die betrekking hebben op de stabiliteit, zoals bedoeld in artikel 195bis, 3° DRO, mogen worden uitgevoerd. Wanneer de herstellvordering hieromtrent geen uitspraak doet, voldoet ze niet aan deze specifieke voorwaarde van het decreet. De adviesaanvraag zal in voorkomend geval onontvankelijk verklaard worden.

Wanneer bij de tweede adviesaanvraag in de herstellvordering hieromtrent wél uitspraak wordt gedaan, is vanzelfsprekend een eensluitend advies mogelijk.

Luidens huidig artikel 149, §1, eerste lid, laatste zin DRO is voorafgaand aan de vordering van de stedenbouwkundig inspecteur of van het college van burgemeester en schepenen het eensluitend advies vereist van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid. Dit houdt in dat aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid de herstellvordering ter advies wordt voorgelegd, minstens de beslissing van – te dezen – het college van burgemeester en schepenen waaruit duidelijk de inhoud en de motivering blijkt van de voorgenomen herstellvordering. Wanneer uit de voorgelegde stukken blijkt dat er geen herstellvordering kan worden voorgelegd die het voorwerp heeft uitgemaakt van een collegebeslissing, zal de adviesaanvraag tevens onontvankelijk verklaard worden.

Wanneer bij de tweede adviesaanvraag de collegebeslissing wordt voorgelegd waaruit duidelijk blijkt dat de ter advies voorgelegde herstellvordering wel degelijk het voorwerp heeft uitgemaakt van een in college genomen beslissing, dan is vanzelfsprekend een eensluitend advies mogelijk.

2.4. Verhouding tot de bevoegdheidsverdelende regelen

63. Het komt niet aan de decreetgever toe, als dit al de *ratio legis* van de kwestieuze bepaling in het nieuwe artikel 148ter.3, §3, tweede lid DRO zou zijn⁶⁸, om, ook al wordt de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” als een “*administratieve rechtshandeling*” omschreven, de rechtsmacht van de Raad van State dan wel de justitiële rechter te gaan bepalen. Dit komt in beginsel toe aan de federale wetgever op grond van de bevoegdheidsregels.

De decreetgever kan enkel met toepassing van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen (hierna afgekort tot “BWHI”), i.e. op grond van de zgn. impliciete bevoegdheden, bevoegdheden uitoefenen waarvoor hij strikt genomen niet bevoegd is, als dit noodzakelijk is voor het uitoefenen van zijn eigen bevoegdheden en op voorwaarde dat voldaan is aan de tweevoudige voorwaarde dat de voorbehouden aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag op de federale aangelegenheid slechts marginaal is.⁶⁹

⁶⁸ Blijkens de Memorie van Toelichting kan hier moeilijk anders over geoordeeld worden.

⁶⁹ Zie b.v. reeds Grondwettelijk Hof nr. 66/2008, 30 juni 1988.

Daarnaast is het uiteraard de Raad van State zelf die zal oordelen of zijn rechtsmacht om kennis te nemen van een annulatieberoep gericht tegen een welbepaalde handeling van een orgaan van actief bestuur niet is uitgesloten. Bovendien komt het oordeel of een handeling van een orgaan van actief bestuur een aanvechtbare rechtshandeling is in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vanzelfsprekend toe aan de Raad van State zelf, alsmede of een orgaan van actief bestuur dient gekwalificeerd te worden als een “*administratieve overheid*” in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Zo er een conflict van attributie tussen de Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak als het hoogste administratieve rechtscollege en de justitiële rechter, i.e. de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde, rijst, dan zal, met toepassing van artikel 609, 2° van het Gerechtelijk Wetboek, het Hof van Cassatie de knoop moeten doorhakken.

2.5. Verhouding tot de redelijke termijnvereiste

64. Gelet op het arrest Hamer tegen België van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 27 november 2007⁷⁰ waarbij door het Hof een veroordeling werd uitgesproken wegens de overschrijding van de redelijke termijn en hiermee gepaard gaande schending van artikel 6.1. E.V.R.M., is de bedoeling van de decreetgever om aan belanghebbende derden de mogelijkheid te bieden tegen de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid een annulatieberoep in te stellen bij de Raad van State, moeilijk te verzoenen met de steeds meer stringente vereisten die de Europese rechtspraak naar de redelijke termijn toe lijkt te stellen.

Het is niet opportuun dat de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen, wanneer door een derde belanghebbende tegen de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” een annulatieberoep wordt ingesteld, lijdzaam het lot van het kwestieuze annulatieberoep zal afwachten⁷¹.

Het is logischer dat, eerder dan dit te doen, de herstellvorderende overheid een (aangepaste) herstellvordering voor advies voorlegt aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.⁷²

Er mag overigens niet uit het oog verloren worden dat niets verhindert dat wanneer een derde belanghebbende tegen de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” een annulatieberoep instelt, de herstellvorderende overheid het heft in eigen handen neemt en de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid met een nieuwe adviesaanvraag adieert.⁷³

⁷⁰ Hof Mensenrechten, Hamer t. België, 27 november 2007, i.h.b. cons. 57 t.e.m. 63, te raadplegen op <http://www.echr.coe.int/echr>. In dit arrest wordt overigens de afbraak, i.e. het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand volgens de huidige terminologie van artikel 149 DRO gekwalificeerd als een straf in de zin van artikel 6 E.V.R.M. Voor een eerste, uitvoerige commentaar in de rechtsleer, zie F. VAN VOLSEM, “De redelijke termijn: een Straatburgse hakbijl voor het herstel van de plaats in de vorige staat?”, *RABG* 2008, 422-431.

⁷¹ Dit kan tot meerdere jaren oplopen.

⁷² Volgens P. LEFRANC staat het arrest Hamer “*immers voor een ‘lik op stuk-beleid*”. Zie P. LEFRANC, “Op het kruispunt van de goede ruimtelijke ordening en mensenrechten”, *Juristenkrant* 2008, nr. 165, 2. F. VAN VOLSEM stelt dan weer: “*Het volstaat dat de diverse overheden die bij het stedenbouwhandhavingsbeleid betrokken zijn (...), elk op hun domein, doen wat van hen mag worden verwacht: in elk dossier binnen een redelijke tijdsperiode beslissen. Indien dat gebeurt zullen er geen arresten Hamer meer volgen.*” Zie F. VAN VOLSEM, *l.c.*, 431.

⁷³ *Supra*, nr. 62. De publieke rechtsvordering tot herstel van de door het decreet aangeduide, bevoegde herstellvorderende overheden strekt er immers toe het algemeen stedenbouwkundig belang te behartigen, daar waar de private rechtsvordering tot herstel niet strekt tot het behartigen van particuliere belangen. De belangen van de stedenbouwkundig inspecteur c.q. het college van burgemeester en schepenen en een derde belanghebbende kunnen divergeren. Zie b.v. de huidige regeling van artikel 150 DRO. Zie Grondwettelijk Hof nr. 52/2002, 28 maart 2002 omtrent de toepassing van artikel 150 DRO.

In voorkomend geval is het niet uitgesloten dat wanneer een verwerpings- of vernietingsarrest wordt gewezen door de Raad van State, er naar aanleiding van een navolgende adviesaanvraag, inmiddels een “*positief meerderheidsadvies*” werd afgeleverd door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, en dat zelfs het strafproces c.q. het burgerlijk proces reeds werd ingeleid.⁷⁴

65. Blijkens de Memorie van Toelichting kunnen enkel belanghebbende derden een beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” aanvechten bij de Raad van State⁷⁵.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt dan ook vast dat het kennelijk niet de bedoeling is van de decreetgever dat de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” zou worden aangevochten voor de Raad van State door de herstelvorderende overheid die een herstelvordering ter advies heeft voorgelegd aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, doch geen “*positief meerderheidsadvies*” verkrijgt.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid kan dit standpunt alleen maar bijtreden.

Gelet op de redelijke termijnvereiste zou het contraproductief zijn dat de herstelvorderende overheden, eerder dan b.v. de herstelvordering te laten steunen op ter zake meer overtuigende motieven⁷⁶ en een (aangepaste) herstelvordering opnieuw voor advies voor te leggen, een annulatieberoep bij de Raad van State zouden instellen.

Aangezien op dat ogenblik het eerste politionele of justitiële contact (b.v. middels een proces-verbaal van vaststelling c.q. een proces-verbaal van verhoor waaruit de noodzaak om zich te verdedigen kan worden afgeleid) reeds heeft plaatsgevonden⁷⁷, loopt inmiddels de redelijke termijn, zodat het bijkomende tijdsverloop voor de Raad van State enkel een groter risico op een eventuele overschrijding van de redelijke termijn kan inhouden.⁷⁸

2.6. Verhouding tot andere vormen van rechtsherstel

66. Ten slotte is het niet zo dat er voor de belanghebbende derde, b.v. de natuurlijke of rechtspersoon die door een inbreuk schade heeft geleden, in het geval er een beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” wordt genomen door de toekomstige Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, geen enkel rechtsherstel meer mogelijk is, indien geen annulatieberoep bij de Raad van State kan worden ingesteld.

Daargelaten de vaststelling dat er door de derde benadeelde eventueel een milieustakingsvordering kan ingeleid worden, mag niet uit het oog verloren worden dat, zelfs in de hypothese dat een beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” definitief elke publieke rechtsvordering tot herstel⁷⁹ onmogelijk maakt zoals wordt opgemerkt in de Memorie van Toelichting⁸⁰, er nog altijd een private rechtsvordering tot herstel kan ingeleid worden door de derde benadeelde.

⁷⁴ Waarbij dan onmiddellijk de vraag rijst of de belanghebbende derde als verzoekende partij in de annulatieprocedure voor de Raad van State nog wel van het rechtens vereiste belang zal kunnen doen blijken.

⁷⁵ *Supra*, nr. 59.

⁷⁶ *Supra*, nr. 62 e.v.

⁷⁷ Zie F. VAN VOLSEM, *l.c.*, 430.

⁷⁸ Alhoewel de complexiteit van de zaak ook een invloed heeft naar een mogelijke overschrijding van de redelijke termijn, komt het voor dat wanneer het ene orgaan van actief bestuur tegen een andere orgaan van actief bestuur procedeert, dit moeilijk aan de verdachte zal kunnen worden ten kwade geduid naar de concrete overschrijding van de redelijke termijn toe.

⁷⁹ I.e. de herstelvorderingen die uitgaan van de door het decreet aangewezen, daartoe bevoegde herstelvorderende overheden, te weten de stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen.

⁸⁰ Deze hypothese is dus voor kritiek vatbaar.

De derde benadeelde ontleent zijn rechtsvordering rechtstreeks aan de gemeenrechtelijke regeling inzake de aquiliaanse aansprakelijkheid zoals geregeld in artikel 1382 B.W., in strafzaken aangevuld met de artikelen 3 en 4 V.T.Sv., en niet aan de bij DRO bepaalde herstelvordering.⁸¹

Gelet op het feit dat met betrekking tot het belangenvereiste als aspect van de ontvankelijkheid van het annulatieberoep voor de Raad van State wat de persoon van de verzoeker betreft, een handeling “*griefhoudend*” dient te zijn⁸² naar de verzoeker toe, is de mogelijkheid om een private rechtsvordering tot herstel in te stellen voor de justitiële rechter niet zonder relevantie met betrekking tot de vraag of er tegen een beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” een annulatieberoep openstaat bij de Raad van State voor een derde benadeelde.

67. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid vat dan ook samen dat niet valt in te zien:

1. hoe de decreetgever door de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” te omschrijven als een “*administratieve rechtshandeling*”, de Raad van State zou kunnen “binden” in de afbakening van zijn eigen rechtsmacht;
2. hoe een annulatieberoep dat door een belanghebbende derde wordt ingesteld zou kunnen verhinderen dat de herstelvorderende overheid op een alerte en diligente wijze het door haar beoogde herstel binnen een zo kort mogelijk tijdsbestek benaarstigt door ná de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” zo snel als mogelijk een (aangepaste) herstelvordering met meer overtuigende motieven voor advies voor te leggen;
3. of de decreetgever wél een federale aangelegenheid, meer bepaald bevoegdheid van en de rechtstoegang tot de Raad van State, kan regelen met toepassing van de impliciete bevoegdheden;
4. in welk opzicht een procedure voor de Raad van State kan bijdragen tot een daadkrachtig beleid inzake herstelvorderingen gelet op het voornoemde arrest Hamer.

Voetnoot 25 op blz. 77 van de Memorie van Toelichting dient dan ook te worden geschrapt.

3. Tekstvoorstel

68. In onderstaand tekstvoorstel stelt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor om het tweede lid van artikel 148*ter.3*, §3 DRO te schrappen. Tevens wordt reeds rekening gehouden met wat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid verder in onderhavig advies opmerkt met betrekking tot de betekening van adviezen.⁸³

Hiertoe dient artikel 148*ter.3*, §3 DRO te worden vervangen als volgt:

§3. Het advies van de Hoge Raad wordt betekend aan de belanghebbenden die zijn gehoord of van wiens bestaan de Hoge Raad op grond van het dossier op de hoogte is.

⁸¹ Zie P. VANSANT, *De herstelmaatregel in het Vlaamse decreet ruimtelijke ordening*, Mechelen, Kluwer, 2006, 277-284, voor een uitvoerige behandeling van de private herstelvordering.

⁸² Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 956, nr. 958.

⁸³ *Infra*, nr. 135-137.

VI.2. Het advies betreffende de ambtshalve uitvoering

1. Huidige regeling

69. In de huidige regeling wordt in artikel 153 DRO enkel een adviesverplichting bepaald ten aanzien van de stedenbouwkundig inspecteur en niet ten aanzien van het college van burgemeester en schepenen.

Naar luid van huidig artikel 153, tweede lid DRO kan voor strafbare feiten de ambtshalve uitvoering van het vonnis of arrest door de stedenbouwkundige inspecteur slechts worden opgestart na eensluidend advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

De *ratio legis* van deze adviesverplichting in hoofde van de stedenbouwkundig inspecteur is het nastreven van een uniforme en billijke ambtshalve uitvoering van vonnissen en arresten.⁸⁴

2. Voorgestelde regeling

70. Naar luid van het nieuwe artikel 148^{ter} DRO is de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid belast met het uitbrengen van een verplicht advies voorafgaand aan het ambtshalve uitvoeren van een herstelmaatregel door de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen.

M.a.w., volgens de redactie van artikel 148^{ter} DRO zal het verplicht advies ook vereist zijn ten aanzien van het college van burgemeester en schepenen.

3. Beoordeling van de voorgestelde regeling

71. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid treedt ook met betrekking tot het nieuwe artikel 148^{ter} DRO de hoger aangehaalde *ratio legis* bij.

72. Opnieuw wordt verwezen naar voetnoot 25 op blz. 77 van de Memorie van Toelichting. Er zou door de derde belanghebbenden tegen de beslissing van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid “om geen positief meerderheidsadvies af te leveren” omtrent de ambtshalve uitvoering een annulatieberoep kunnen worden ingesteld voor de Raad van State.

Reeds in zijn jaarverslag van 2005 wees de Hoge Raad voor het Herstelbeleid met betrekking tot het eensluidend advies omtrent het opstarten van het ambtshalve uitvoeren van de herstellvordering erop dat deze adviezen niet aanvechtbaar zijn voor de Raad van State, daar zij eveneens deel uitmaken van de procedure met betrekking tot de uitvoering van een vonnis, wat tot de bevoegdheid van de justitiële rechter behoort.⁸⁵

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid blijft deze mening toegedaan, en wel om de onderstaande redenen.

73. Op geen enkel ogenblik komt het aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid toe zich uit te spreken over de rechten en de plichten van de veroordeelde, noch om uitspraak te doen over een geschil van tenuitvoerlegging.

⁸⁴ *Parl. St.* VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/7, 39.

⁸⁵ Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2005, 5.

Het verplicht advies van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid zal betrekking hebben op de vraag of *in casu* het opportuun is dat de stedenbouwkundig inspecteur c.q. het college van burgemeester en schepenen de rechterlijke machtiging tot ambtshalve uitvoering van het vonnis of het arrest al dan niet uitoefent.

Een voorbeeld waarin zou kunnen worden geadviseerd om de ambtshalve uitvoering niet op te starten, is de omstandigheid dat er tekenen zijn van een wijzigende planologische toestand of dat er reeds essentieel gewijzigde planologische omstandigheden zijn.

74. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid bevestigt dat deze adviesbevoegdheid ook in de toekomst op geen enkel ogenblik kan interfereren met de bevoegdheid van de beslagrechter als executierechter, noch het gezag van gewijsde van het vonnis of het arrest gewezen door de bodemrechter vermag te miskennen.

De adviesbevoegdheid van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid betreft een zuivere opportuniteitsbeoordeling. Rijst er nadien een executiegeschil omtrent de rechtmatigheid en/of de actualiteit c.q. de doelmatigheid van de titel, dan zal de beslagrechter uiteraard bevoegd blijven om van een dergelijk geschil kennis te nemen⁸⁶.

Het advies van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid bindt vanzelfsprekend de beslagrechter niet.

Er valt dan ook niet in te zien, nu de beslagrechter bevoegd blijft volgens het gemeen procesrecht om van een executiegeschil kennis te nemen en derhalve ook ter zake de rechtsmacht van de Raad van State is uitgesloten, waarom het opportuun zou zijn om de beslissing “*om geen positief meerderheidsadvies af te leveren*” met betrekking tot de adviesaanvraag inzake de ambtshalve uitvoering als een “*administratieve rechtsbehandeling*” te omschrijven, louter om, althans volgens de Memorie van Toelichting⁸⁷, voor derde belanghebbenden een annulatieberoep bij de Raad van State mogelijk te maken.

Voetnoot 25 op blz. 77 van de Memorie van Toelichting dient dan ook te worden geschrapt.

4. Tekstvoorstel

75. In onderstaand tekstvoorstel stelt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor om het tweede lid van artikel 148*ter*.3, §3 DRO te schrappen. Tevens wordt reeds rekening gehouden met wat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid verder in onderhavig advies opmerkt met betrekking tot de betekening van adviezen.⁸⁸

Hiertoe dient **artikel 148*ter*.3, §3 DRO** te worden vervangen als volgt:

§3. Het advies van de Hoge Raad wordt betekend aan de belanghebbenden die zijn gehoord of van wiens bestaan de Hoge Raad op grond van het dossier op de hoogte is.

⁸⁶ De beslagrechter zal als executierechter bevoegd zijn op grond van artikel 1498 van het Gerechtelijk Wetboek. Zie J. VAN LOMMEL, “Kan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid nog een stokje steken voor de ambtshalve uitvoering van oude herstelvonnissen?”, *T.R.O.S.* 2007, 315.

⁸⁷ Voetnoot 25, Memorie van Toelichting, 77.

⁸⁸ *Infra*, nr. 135-137.

5. Geen aanduiding van het tijdstip van de adviesaanvraag in de voorgestelde regeling

76. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt ook thans op dat in de voorgestelde regeling niets wordt bepaald omtrent het tijdstip waarop het advies dient te worden gevraagd.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid grijpt dan ook integraal terug naar wat hij ter zake reeds eerder heeft geadviseerd in zijn eerste beleidsadvies en in zijn jaarverslag van 2006.⁸⁹

Het concrete tijdstip wordt best zo precies mogelijk afgebakend. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid beveelt aan dat in het decreet zou worden bepaald dat de stedenbouwkundige inspecteur in eerste instantie het advies inwint of hij mag overgaan tot het gunnen van een overheidsopdracht voor het aanstellen van b.v. een aannemer om in een specifiek geval tot de ambtshalve uitvoering van het vonnis of arrest over te gaan, dan wel toepassing te maken van een raamovereenkomst ter zake.

Dit is het ogenblik waarop de ambtshalve uitvoering immers wordt aangevangen.

Het positief advies van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid wordt ter kennis gebracht aan zowel de stedenbouwkundig inspecteur als aan de veroordeelde overtreder ten aanzien van wie de stedenbouwkundige inspecteur de uitvoering beoogt.

Bij de kennisgeving wordt de veroordeelde overtreder door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid aangemaand om alsnog binnen de 6 maand tot de vrijwillige tenuitvoerlegging van het rechterlijk bevel over te gaan en tevens wordt de veroordeelde overtreder erop gewezen dat bij gebreke daaraan hij de kosten voor de ambtshalve uitvoering zal moeten dragen.

77. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wijst er echter op dat de aanbevelingen die ter zake reeds eerder werden geformuleerd, vielen binnen het bestek van de bestaande regeling van huidig artikel 153 DRO en dus geen betrekking hadden op de ambtshalve uitvoering door het college van burgemeester en schepenen.

Het concrete tijdstip waarop het college van burgemeester en schepenen het advies inzake de ambtshalve uitvoering dient in te winnen, wordt in de voorgestelde regeling evenmin bepaald.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid beveelt aan dat dit tijdstip ook bij decreet wordt bepaald.

De decreetgever zal er hierbij rekening moeten mee houden dat, anders dan bij de ambtshalve uitvoering door de stedenbouwkundige inspecteur, de colleges van burgemeester en schepenen eigen (gemeentelijke) middelen zullen inzetten of zelfs de ambtshalve uitvoering in eigen beheer door b.v. een technische (gemeentelijke) dienst kan laten uitvoeren.

⁸⁹ Cf. het beleidsadvies van 19 juni 2006 op vraag van de voorzitter van het Vlaams Parlement over de problematiek van de invordering van het onbeperkt oplopen van dwangsommen bij gebreke aan vrijwillige en ambtshalve uitvoering van de herstelmaatregel, 17 en Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2006, b1 18-19.

VII. DE ADVIESBEVOEGDHEID INZAKE DWANGSOMMEN

1. Huidige regeling

78. Tot nu toe heeft de Hoge Raad voor het Herstelbeleid steeds aangenomen dat het advies omtrent het opstarten van het ambtshalve uitvoeren van de herstellvordering geen betrekking kan hebben op de verbeurte van de dwangsom, aangezien zulks niet tot de “ambtshalve uitvoering” bedoeld in huidig artikel 153 DRO behoort⁹⁰.

2. Voorgestelde regeling

79. De decreetgever heeft hieraan willen tegemoet komen door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid een adviesbevoegdheid toe te kennen inzake de matiging van dwangsommen.

In het nieuwe artikel 148^{ter}.11 DRO wordt voorzien in een nieuwe adviesbevoegdheid inzake dwangsommen die zal toekomen aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

De schuldenaar zou, enkel indien hij geen voorziening tot matiging van de dwangsom heeft ingeleid bij de dwangsomrechter, een gemotiveerd verzoek kunnen richten tot de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, waarin hij vraagt of de dwangsom die werd opgelegd als uitvoeringsmodaliteit van een herstelmaatregel, in aanmerking komt om “op grond van artikel 1385^{quinquies} van het *Gerechdelijk Wetboek* of van de rechtsfiguren “rechtsverwerking” of “rechtsmisbruik” te worden gematigd”.

De voorgestelde regeling wordt uitgewerkt rond de toepassing van drie onderscheiden rechtsfiguren: de onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen, de rechtsverwerking en het rechtsmisbruik.

80. Artikel 1385^{quinquies} van het *Gerechdelijk Wetboek* bepaalt:

“De rechter die een dwangsom heeft opgelegd, kan op vordering van de veroordeelde de dwangsom opheffen, de looptijd ervan opschorten gedurende de door hem te bepalen termijn of de dwangsom verminderen ingeval van blijvende of tijdelijke, gehele of gedeeltelijke onmogelijkheid voor de veroordeelde om aan de hoofdveroordeling te voldoen.

Voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, kan de rechter haar niet opheffen of verminderen.”

Het begrip onmogelijkheid dient in zijn spraakgebruikelijke betekenis te worden geïnterpreteerd.

Zowel het Benelux Gerechtshof als het Hof van Cassatie hebben geoordeeld dat van een onmogelijkheid in de zin van artikel 4, lid 1 van de Benelux-overeenkomst van 26 november 1973 houden de eenvormige wet betreffende de dwangsom (hierna: “de Eenvormige Dwangsomwet”) c.q. artikel 1385^{quinquies} van het *Gerechdelijk Wetboek* sprake is indien zich een situatie voordoet waarin de dwangsom als dwangmiddel, d.w.z. als geldelijke prikkel om de nakoming van de hoofdveroordeling te bereiken, “zijn zin verliest”. Dit is het geval indien het onredelijkheid zou zijn meer inspanning en zorgvuldigheid te vergen dan de veroordeelde heeft betracht⁹¹. Niemand kan immers tot het onmogelijke worden gehouden: *Nemo ad impossibile tenetur potest*.

⁹⁰ Hoge Raad voor het Herstelbeleid, Jaarverslag 2005, 5. De bevoegde minister lichtte voorheen toe dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid wél advies kon geven over bijvoorbeeld dwangsommen, *Parl. St.* VI. Parl. 2002-03, nr. 1566/7, 8.

⁹¹ Benelux Hof 25 september 1986, *R.W.* 1986-87, 1337, concl. E. KRINGS. Zie ook b.v. Cass. 30 mei 2002, *Arr. Cass.* 2002, 1391.

Het is echter vereist dat de onmogelijkheid in genen dele aan het gedrag van de veroordeelde zelf te wijten is. De onmogelijkheid die de veroordeelde aan een eigen gebrek aan zorgvuldigheid te wijten heeft, is geen onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek⁹². In geval van eigen opzet of nalatigheid, zal er van een onmogelijkheid geen sprake zijn⁹³.

Een vergissing van de veroordeelde⁹⁴ noch een moeilijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen volstaan om de dwangsom met toepassing van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek te milderen. De onmogelijkheid kan van juridische, materiële en uitzonderlijk zelfs van morele aard zijn⁹⁵. Aangezien de rechtsfiguur van de onmogelijkheid in de zin van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek een wettelijke uitzondering vormt op het gewijsde van een de oorspronkelijke rechterlijke beslissing, dringt een restrictieve benadering zich op⁹⁶.

De dwangsomrechter, die op grond van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek, met uitsluiting van enige andere rechter, dus exclusief⁹⁷, bevoegd is, oordeelt niettemin soeverein over de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen. De vraag of er sprake is van een onmogelijkheid is een loutere feitenkwestie die onaantastbaar wordt beoordeeld door de dwangsomrechter. Het Hof van Cassatie, dat niet in de beoordeling van de feiten kan treden, kan de beoordeling door de dwangsomrechter enkel marginaal toetsen, d.w.z. controleren of de dwangsomrechter uit de elementen die hij in ogenschouw heeft genomen wettig kon afleiden dat het voldoen aan de hoofdveroordeling onmogelijk was⁹⁸.

In een arrest van 14 juni 2002 van het hof van beroep te Antwerpen werd toepassing gemaakt van artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek, nadat de stedenbouwkundige bestemming van het gebied waarin het oorspronkelijk stedenbouwkundige misdrijf gesitueerd was, werd veranderd, zodat een regularisatievergunning kan worden bekomen⁹⁹.

81. Van rechtsmisbruik is sprake als de wijze waarop een recht door de titularis ervan wordt uitgeoefend kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en bezorgd persoon¹⁰⁰.

Het betreft dan ook een marginale toetsing die de rechter doorvoert en waarbij hij een zekere terughoudendheid aan de dag zal dienen te leggen. De rechter mag niet in de beleidsvrijheid van de titularis van het subjectief recht treden: enkel bij een evident onaanvaardbare rechtsuitoefening zal er sprake zijn van rechtsmisbruik.

De sanctie op het misbruik van een subjectief recht is overigens niet het volledige verval van het recht, doch de beperking ervan tot de normale uitoefening ervan en/of het herstel van de door het misbruik veroordeelde schade¹⁰¹.

De rechtsfiguur van het rechtsmisbruik betreft i.t.t. de onmogelijkheid om aan de hoofdveroordeling te voldoen die wél een wettelijke grondslag heeft in artikel 1385*quinquies* van het Gerechtelijk Wetboek en dan ook “wettenrecht” behelst, een voorbeeld van “rechttersrecht”.

⁹² Corr. Leuven 13 december 1999, *T.M.R.* 2000, 403.

⁹³ K. WAGNER, “Dwangsom en onmogelijkheid”, *NjW* 2002, 232.

⁹⁴ Cass. 3 november 1994, *R.W.* 1994-95, 1436.

⁹⁵ K. PITEUS, “Dwangsom verminderen of maximum bepalen. Enkele knelpunten”, *NjW* 2003, 1325.

⁹⁶ K. PITEUS, *l.c.*, 1325.

⁹⁷ Over de bevoegdheidsverdeling heeft het Benelux Gerechtshof een aantal principiësarresten gewezen. Benelux Hof 15 april 1992, *R.W.* 1991-92, 1425, concl. Th. B. TEN KATE; Benelux Hof 12 februari 1996, *R.W.* 1995-96, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN; *A.J.T.* 1995-96, 330, noot G.L. BALLON.

⁹⁸ E. KRINGS, concl. voor Benelux Hof 25 september 1986, nr. A 84//5, *R.W.* 1986-87, 1333.

⁹⁹ Antwerpen 14 juni 2002, *R.ABG* 2002, 83 noot W. RASSCHAERT.

¹⁰⁰ Cass. 1 februari 1996, *Pas.* 1996, I, 158.

¹⁰¹ Cass. 16 december 1982, *Pas.* 1983, I, 472.

Uit de weinige rechtspraak die ter zake gepubliceerd is inzake het inroepen van rechtsmisbruik door de veroordeelde in stedenbouwkazaken, blijkt alvast dat de hogere rechtspraak niet geneigd is een dergelijk betoog bij te treden¹⁰².

82. Er is sprake van rechtsverwerking wanneer iemand door toedoen van zijn eigen gedragingen een subjectief recht geheel of gedeeltelijk verliest, omdat het verder uitoefenen ervan strijdig is met de voorheen door de betrokkene ingenomen houding¹⁰³.

Alhoewel de beslagrechter als executierechter niet bevoegd is om op grond van billijkheidsredenen de opeising van een dwangsom te verhinderen, zal deze rekening kunnen houden met de leerstukken van rechtsmisbruik, uitvoering te goeder trouw en rechtsverwerking¹⁰⁴.

3. Beoordeling van de voorgestelde regeling

83. De voorgestelde regeling kan door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid **niet worden bijgetreden**.

De voorgestelde regeling gaat eraan voorbij dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, als een adviserende instantie die beschouwd dient te worden als een orgaan van actief bestuur, een beoordeling van de opportuniteit doorvoert, terwijl de opdracht van de dwangsomrechter in zijn beoordeling van de onmogelijkheid geen opportuniteitstoets betreft, doch alhoewel soeverein, een restrictief te benaderen beoordeling van de billijkheid.

Mutatis mutandis kan hetzelfde worden gesteld met betrekking tot de beoordeling door de rechter van het rechtsmisbruik en de rechtsverwerking.

Ook de rechtsleer is wat dit onderscheid tussen opportuniteitstoets en rechterlijke beoordeling betreft duidelijk. De ambtshalve tenuitvoerlegging van een rechterlijk bevel en de verbeurte van een dwangsom zijn combineerbaar en vormen beide middelen om de tenuitvoerlegging van het rechterlijk bevel ten aanzien van de veroordeelde na te streven. De herstellende overheid die beschikt over beide “middelen”, kan vrij de keuze maken op welke zij een beroep doet¹⁰⁵.

Dit betreft m.a.w. een discretionaire bevoegdheid, daar aan de betrokken overheid de mogelijkheid wordt overgelaten om te kiezen uit een waaier aan middelen die voorhanden zijn om het vooropgestelde doel, nl. het waken over het algemeen stedenbouwkundig belang, te bereiken¹⁰⁶. De keuze tussen de dwangsom en de ambtshalve uitvoering is derhalve een beslissing van de overheid, waaromtrent de rechter niet bevoegd is een opportuniteitstoets te maken¹⁰⁷.

De opportuniteitstoets heeft in wezen geen uitstaans met de soevereine appreciatie door de dwangsomrechter van de aangevoerde onmogelijkheid, die een rechtsfeit betreft en waarvan het bewijs met alle middelen van recht kan worden bewezen, met inbegrip van getuigen en vermoedens¹⁰⁸. Noch heeft de opportuniteitstoets uitstaans met het aannemen van de rechtsfiguur van het rechtsmisbruik of de rechtsverwerking.

¹⁰² Antwerpen 16 oktober 2001, *A.J.T.* 2001-02, 524-526, noot S. DE TAEYE.

¹⁰³ P. VAN OMMESLAGHE, “Rechtsverwerking en afstand van recht”, *T.P.R.* 1980, 735-791. Op de discussie of de rechtsverwerking als autonome rechtsfiguur, dan wel als rechtsfiguur die dient te worden geïntegreerd in het leerstuk omtrent de beperkende werking van de goede trouw, kan in het bestek van onderhavig advies niet worden ingegaan.

¹⁰⁴ K. PITEUS, *l.c.*, 1324.

¹⁰⁵ W. RASSCHAERT, “De rechtsbescherming tegen de beslissing van de overheid om ambtshalve over te gaan tot het herstel in de oorspronkelijke staat bij stedenbouwmisdrijven”, *T.M.R.* 2002, 216-232.

¹⁰⁶ Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *o.c.*, p. 796-797, nr. 856-857 omtrent het onderscheid tussen een gebonden bevoegdheid en een discretionaire bevoegdheid.

¹⁰⁷ W. RASSCHAERT, “De opheffing van de dwangsom en de regularisatievergunning”, *R.A.B.G.* 2003, 89.

¹⁰⁸ K. PITEUS, *l.c.*, 1325.

4. Alternatieve regeling

84. De Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid stelt voor dat het nieuwe artikel 148^{ter}.11. DRO, zoals het thans ontwerpen is, om de hierboven aangehaalde redenen niet zou worden ingevoerd.

85. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt evenwel op dat om tegemoet te komen aan de wens van de decreetgever om ook aangaande de dwangsommen in een zekere vorm van opvolging door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid te voorzien¹⁰⁹, hieronder een alternatieve regeling wordt uitgewerkt, waarbij wordt voorzien in de mogelijkheid om geheel of gedeeltelijk kwijtschelding of uitstel van betaling te verlenen met betrekking tot reeds opeisbaar geworden dwangsommen.

86. In het decreet kan worden voorzien in een delegatie door de decreetgever aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid inzake de kwijtschelding en het uitstel van betaling van de reeds opeisbaar geworden dwangsommen.¹¹⁰

In zijn beleidsadvies van 19 juni 2006 stelde de Hoge Raad voor het Herstelbeleid reeds voor om in een dergelijke mogelijkheid te voorzien¹¹¹. Er werd toen gewezen op het feit dat met betrekking tot de administratieve geldboete een analoge regeling bestaat, vastgelegd in artikel 156, §3 DRO.

Inzake de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest ter zake geldt nog steeds integraal wat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in het eerdere beleidsadvies opmerkte.¹¹²

5. Alternatief tekstvoorstel

87. Hieronder wordt een alternatief tekstvoorstel uitgewerkt, ter vervanging van het nieuwe artikel 148^{ter}.11 DRO.

De procedure van de alternatieve regeling is gespiegeld aan de procedure die thans is voorzien in huidig artikel 156, §§ 3 en 4 DRO met betrekking tot kwijtschelding, vermindering of uitstel van betaling van de administratieve geldboeten die kunnen worden opgelegd bij het niet naleven van een stakingsbevel.

Er wordt tevens voorzien in de mogelijkheid voor de overheid die instaat voor de invordering van de dwangsom om haar standpunt aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid mee te delen.

Tevens wordt uitdrukkelijk bepaald dat de Hoge Raad beslist op basis van dezelfde criteria als vermeld in het nieuwe artikel 148^{bis}, § 2 DRO, zodat de Hoge Raad enkel om redenen die verband houden met het recht en de goede ruimtelijke ordening een kwijtschelding, vermindering of uitstel van betaling kan toekennen en niet als loutere liberaliteit.

Ten slotte wordt bepaald dat de kwijtschelding, vermindering of uitstel van betaling nooit betrekking kan hebben op de door de overheid die instaat voor de invordering van de dwangsom gemaakte en vaststaande gerechts- en uitvoeringskosten.

¹⁰⁹ Cf. Memorie van Toelichting, 78-79.

¹¹⁰ Cf. artikel 1385^{quinquies}, lid 2 DRO, naar luid waarvan de rechter voor zover de dwangsom verbeurd was voordat de onmogelijkheid intrad, haar niet kan opheffen noch verminderen. De dwangsomrechter kan m.a.w. niet verder in het verleden gaan dan tot op het tijdstip waarop de onmogelijkheid is ontstaan. Zie K. WAGNER, *l.c.*, 231.

¹¹¹ Zie het beleidsadvies van 19 juni 2006 op vraag van de voorzitter van het Vlaams Parlement over de problematiek van de invordering van het onbeperkt oplopen van dwangsommen bij gebreke aan vrijwillige en ambtshalve uitvoering van de herstelmaatregel, 17-18, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaal-site <http://www.ruimtelijke ordening.be>.

¹¹² Bijlage "Bevoegdheid van het Vlaamse Gewest tot kwijtschelding van de door de rechter opgelegde dwangsom" aan het beleidsadvies van 19 juni 2006 op vraag van de voorzitter van het Vlaams Parlement over de problematiek van de invordering van het onbeperkt oplopen van dwangsommen bij gebreke aan vrijwillige en ambtshalve uitvoering van de herstelmaatregel, 20-21.

Zodoende wordt b.v. vermeden dat de betrokken overheid, die een beroep heeft gedaan op een gerechtsdeurwaarder om het vonnis of arrest waarin de overtreder onder verbeurte van een dwangsom werd veroordeeld tot het uitvoeren van een herstelmaatregel om de 6 maand bij gerechtsdeurwaardersexploot te betekenen teneinde de verjaring van de dwangsom te stuiten, de gerechtsdeurwaarderkosten nooit daadwerkelijk kan recupereren.

Artikel 148 *ter*.11.

§1 De Hoge Raad beslist over de gemotiveerde verzoeken van hij die gehouden is tot betaling van de dwangsom tot kwijtschelding, vermindering of uitstel van betaling van de reeds opeisbaar geworden dwangsommen.

§2 Het in §1 bedoelde verzoek wordt op straffe van onontvankelijkheid bij aangetekende brief gericht aan de Hoge Raad en aan de overheid die instaat voor de invordering van de dwangsom.

De verzoeker voegt op straffe van onontvankelijkheid aan zijn verzoek tot de Hoge Raad een bewijs van de aangetekende verzending aan de betrokken overheid, samen met een kopie van de aan die overheid verstuurd brief.

De verzoeker verstuurt ter kennisgeving een kopie van het in §1 bedoelde verzoek aan het Herstelfonds.

§3 De betrokken overheid deelt binnen de 20 dagen, te rekenen vanaf de eerste werkdag na de datum van de in §2 bedoelde aangetekende verzending, schriftelijk haar advies aan de Hoge Raad mee.

Indien de betrokken overheid geen advies heeft verleend binnen de gestelde termijn, mag de Hoge Raad aan deze adviesvereiste voorbijgaan.

§4 De Hoge Raad beslist over het verzoek binnen een ordetermijn van 60 dagen, te rekenen vanaf de eerste werkdag na de datum van de in §2 bedoelde aangetekende verzending. Hij neemt zijn beslissing over het in §1 bedoelde verzoek op grond van de in artikel 148 *bis*, §2, tweede lid, 1^o en 2^o vermelde criteria.

§5 De beslissing van de Hoge Raad wordt bij beveiligde verzending ter kennis gebracht aan de verzoeker, de betrokken overheid en het Herstelfonds.

§6 De in §1 bedoelde kwijtschelding, vermindering of uitstel van betaling kan geen betrekking hebben op de door de betrokken overheid gemaakte en vaststaande gerechts- en uitvoeringskosten.

Het nieuwe artikel 148 *ter*.11. DRO dient te worden geschrapt.

VIII. HET DESKUNDIGENADVIES TEN BEHOEVE VAN RECHTERLIJKE INSTANTIES

1. De voorgestelde regeling

88. Naar luid van het nieuwe artikel 148^{ter}.12, §1 DRO kan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid aangaande die aangelegenheden waarvoor hij bevoegd is, een deskundig advies uitbrengen ten behoeve van elke rechtelijke instantie die daarom verzoekt, waarbij hij in voorkomend geval optreedt als deskundige in de zin van artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid acht het invoeren van een nieuwe bevoegdheid inzake het verlenen van een “*deskundig advies*” niet opportuun.

2. Beoordeling van de voorgestelde regeling

2.1. De aard van de adviesbevoegdheid

89. De aangelegenheden waarvoor de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid bevoegd zal zijn, geven immers aanleiding tot adviezen over de toepassing van het recht, waarbij de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid een volle toetsing doet omtrent de opportuniteit van b.v. de herstellvordering of de ambtshalve uitvoering.

Het onderzoek van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, net zoals thans in de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid¹¹³, beperkt zich immers niet tot het onderzoek naar de kennelijke onredelijkheid (marginale toetsing), doch strekt zich uit over de opportuniteit van de gevorderde maatregel.

Luidens het in de voornoemde bepaling aangehaalde artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek kunnen deskundigen enkel vaststellingen doen of technisch advies geven. Een deskundige mag geen advies geven over de grond van de zaak¹¹⁴. Dit houdt in dat een deskundige nooit advies zal geven over de toepassing van het recht.

De rol van een adviesorgaan als de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid en de rol van een gerechtelijk deskundige in de zin van artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek zijn dan ook zo verschillend dat het uit dien hoofde al niet wenselijk is om de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid bevoegd te maken om een “*deskundig advies*” in de zin van artikel 962 van het Gerechtelijk Wet uit te brengen.

2.2. Het gerechtelijk deskundigenonderzoek

90. Alhoewel de inhoud van artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek ongewijzigd bleef, voerde de Wet van 15 mei 2007 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek betreffende het deskundigenonderzoek en tot herstel van artikel 509^{quater} van het Strafwetboek¹¹⁵ belangrijke wijzigingen in in het hoofdstuk betreffende het deskundigenonderzoek¹¹⁶.

¹¹³ Cf. Het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstellvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviesaanvragen, 12, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordering.be>.

¹¹⁴ B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge, die Keure, 2006, 238.

¹¹⁵ B.S. 22 augustus 2007, in werking getreden op 1 september 2007.

¹¹⁶ Zo bepaalt thans artikel 962, tweede lid van het Gerechtelijk Wetboek uitdrukkelijk dat de rechter niet verplicht is het advies van de deskundigen te volgen, indien het strijdig is met zijn overtuiging.

Aan deze wetswijziging gingen ook hoorzittingen vooraf, waarin onder andere het volgende werd opgeworpen:

“Een deskundige is per definitie een persoon die door zijn opleiding en praktische ervaring, een grondige kennis heeft verworven van een bepaald onderwerp of op een specifiek vakgebied. Aldus kan hij advies verlenen op één of meer specifieke gebieden, ongeacht of het al dan niet om een betwisting gaat. In het ene geval zal een deskundige bij geschillen optreden, in het andere als deskundige consultant.

Een deskundige bij geschillen is een persoon die analyses maakt voor rekening van gerechtelijke overheden, arbitrage- en bemiddelingsinstituten, verzekeringsmaatschappijen of partijen in het kader van een geschil. Wat het gerechtelijk deskundigenonderzoek, de bemiddeling, de verzoening en de arbitrage betreft, zij opgemerkt dat de deskundige niet alleen moet beschikken over de nodige kennis en ervaring inzake de betrokken technieken, maar dat hij tevens geschikt moet zijn om de hem toevertrouwde opdrachten te vervullen, met inachtneming van de geldende procedures en bijbehorende deontologische regels.

Een deskundige-consultant voert, zonder enig verband met een geschil, consultancy opdrachten en/of technische onderzoeksopdrachten uit, of verleent advies voor rekening van derden in het kader van overeenkomsten die hij met hen op specifieke gebieden heeft gesloten. Daarbij moet hij de geldende procedures en de bijbehorende deontologische regels in acht nemen.”¹¹⁷

2.2.1 Deskundige in geschillen

91. Door de uitdrukkelijke verwijzing naar artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek gaat de decreetgever ervan uit dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid kan optreden als deskundige in het kader van geschillen die voor de rechter hangend zijn en worden hiermee niet de hierboven aangehaalde consultancy-opdrachten buiten elk geschil bedoeld.

Nu het decreet zal voorzien dat elke rechterlijke instantie het deskundigenadvies van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid kan vragen, geldt dit zowel in burgerlijke als in strafzaken, en zowel in gerechtelijke (voor)onderzoeken als bij betwistingen ten gronde.

Deze expertisebevoegdheid in het kader van geschillen onderscheidt zich dan van de bemiddelingsopdrachten zoals bedoeld in het nieuwe artikel 148^{ter}.13. DRO en de advisering ten behoeve van de Vlaamse overheid zoals bedoeld in artikel 148^{ter}.14. DRO.

92. Het optreden als deskundige in rechtszaken, zoals bedoeld in artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek impliceert dat de deskundige onderworpen wordt aan de procedure die voor die deskundigenonderzoeken geldt. De wetswijziging had onder meer tot doel een actievere rol toe te kennen aan de rechter en voorziet in een werking van de deskundige onder toezicht van de rechter.

Dit impliceert in principe en onder meer de aanwezigheid op een installatievergadering voor de rechter die het deskundigenonderzoek heeft bevolen of met de controle ervan belast is (artikel 972 van het Gerechtelijk Wetboek), naleving van termijnen en respecteren van tegenspraak onder toezicht van de rechter (artikel 973 van het Gerechtelijk Wetboek), prelectuur van het advies aan de partijen (artikel 976 van het Gerechtelijk Wetboek), poging partijen te verzoenen (artikel 977 van het Gerechtelijk Wetboek), mogelijkheid tot vervanging van de deskundige bij het niet naar behoren vervullen van de opdracht (artikel 979 van het Gerechtelijk Wetboek), het eventueel horen van de deskundige ter terechtzitting (artikel 985 van het Gerechtelijk Wetboek) en aanwezigheid op bevel van de rechter bij door hem bevolen onderzoeksmaatregelen (artikel 986 van het Gerechtelijk Wetboek).

¹¹⁷ *Parl. St. Kamer*, 2006-07, nr. 51.2540/007, 30.

93. Nog daargelaten de zware belasting die dergelijke procedures op de werking van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid zullen hebben, dienen toch vragen gesteld te worden bij het volledig onderwerpen van de Hoge Raad van het Handhavingsbeleid aan het toezicht van de rechter, temeer daar het nieuwe artikel 148*ter.12 in fine* DRO voorziet dat de expertiseopdrachten moeten geweigerd worden indien deze onverenigbaar zijn met de administratieve beginselen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid en daar het nieuwe artikel 148*bis*, §2 en §3 DRO de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid definieert als een orgaan van actief bestuur ten aanzien waarvan de Vlaamse regering nimmer instructies geeft omtrent de behandeling van concrete dossiers die aan zijn beoordeling zijn voorgelegd.

Bovendien is het onduidelijk of de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid optreedt als één deskundige, dan wel als een college van deskundige individuen, en hoe het zit met het opstellen van een gedetailleerde staat van kosten en erelonen zoals vereist in artikel 990 van het Gerechtelijk Wetboek.

2.2.2. Deskundige-consultant

94. Indien de decreetgever de adviseringsbevoegdheid evenwel eerder bedoeld heeft als consultancy-opdracht, dient de verwijzing naar artikel 962 van het Gerechtelijk Wetboek weggelaten te worden.

In dat geval kan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid op vraag van een rechterlijke instantie in algemene bewoordingen toelichting geven bij het handhavingsbeleid, hetgeen de onafhankelijkheid ten opzichte van de rechterlijke macht niet in het gedrang brengt.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid onderkent evenwel het nut en de toegevoegde waarde van dergelijke consultancy-opdrachten niet, nu een gerechtelijk deskundige zich nooit over de grond van de zaak vermag uit te spreken en de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, zelfs in het kader van een dergelijke consultancy-opdracht, geen toelichting kan verschaffen over de daadwerkelijke toepassing van de beleidscriteria in een concrete zaak.

2.3. Conclusie

95. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt dan ook voor dat de nieuwe regeling inzake deskundigenadvies ten behoeve van rechterlijke instanties niet wordt ingevoerd.

Het nieuwe artikel 148*ter.12*. DRO dient te worden geschrapt.

IX. HET HISTORISCH PASSIEF AANHANGIG VOOR DE HOVEN EN DE RECHTBANKEN

1. De huidige regeling

96. Hogerop werd reeds gewezen op de bijzondere overgangsregeling die thans in artikel 198bis, tweede lid DRO is vastgelegd¹¹⁸.

Met toepassing van **artikel 198bis, tweede lid DRO** kunnen de hoven en de rechtbanken herstellvorderingen die destijds werden ingeleid vóór 16 december 2005, i.e. de datum waarop de thans bestaande adviesverplichting in voege trad door de goedkeuring door de Vlaamse regering van het huishoudelijk reglement van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, alsnog aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voorleggen voor advies.

Sinds het arrest nr. 34/2007 van 7 maart 2007 van het Grondwettelijk Hof kunnen de hoven en de rechtbanken met toepassing van artikel 198bis, tweede lid DRO, indien zij dit nodig achten, op facultatieve wijze reeds ingediende herstellvorderingen voor inbreuken die dateren **van zowel vóór als ná 1 mei 2000** voor advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voorleggen.¹¹⁹

Deze adviesaanvragen zijn voor de hoven en rechtbanken **facultatief**. Zo de rechter dit opportuun acht kan het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid worden ingewonnen. Dit is niet verplichtend¹²⁰.

97. Naast de al dan niet facultatieve aard van de adviesaanvragen, is er **discussie gerezen omtrent de bindende kracht** van de adviezen die met toepassing van artikel 198bis, tweede lid DRO door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid worden verleend.

Een prejudiciële vraag gesteld door het hof van beroep te Antwerpen heeft geleid tot het arrest nr. 31/2008 van 28 februari 2008 van het Grondwettelijk Hof.

De verwijzende rechter gaat ervan uit dat het advies *niet* bindend is voor de herstellvorderende overheid¹²¹ en dat de herstellvorderende overheid haar herstellvordering dus niet hoeft aan te passen als het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, dat op initiatief van de rechter werd ingewonnen, niet eensluidend blijkt te zijn.

De verwijzende rechter vraagt of deze overgangsbepaling aldus niet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel, nu het advies dat met toepassing van artikel 149 of 151 DRO moet worden ingewonnen, wél bindend is voor herstellvorderende overheid.

Het Grondwettelijk Hof heeft ook deze prejudiciële vraag ontkennend beantwoord. Het verwijst daarvoor naar het feit dat de decreetgever ervoor heeft gekozen om de coherentie van het herstellbeleid pas ten volle na te streven vanaf de dag dat de Hoge Raad is opgericht en zijn huishoudelijk reglement is goedgekeurd¹²².

¹¹⁸ *Supra*, nr. 6.

¹¹⁹ *Supra*, nr. 6.

¹²⁰ Grondwettelijk Hof nr. 71/2007, 26 april 2007, i.h.b. cons. B.7.4. In zijn arrest nr. 71/2007 van 26 april 2007 oordeelde het Grondwettelijk Hof dat het feit dat de adviesaanvraag voor vorderingen die vóór 16 december 2005 werden ingeleid, facultatief is, terwijl ze voor later ingediende vorderingen verplicht is, niet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.

¹²¹ I.c. de stedenbouwkundige inspecteur.

¹²² I.e. vanaf 16 december 2005.

De decreetgever heeft de rechter bijgevolg niet verplicht om, voor de herstellvorderingen die onder de overgangsbepalingen vallen, het voor de rechter alvast niet bindende advies van de Hoge Raad te vragen.

Vanuit die vaststelling kan het objectief en redelijk worden verantwoord dat hij de herstellvorderende overheid evenmin zou hebben verplicht het vrijwillig door de rechter gevraagde advies te volgen.

98. De discussie is hiermee, in tegenstelling tot wat op het eerste gezicht zou kunnen worden afgeleid, niet van de baan. Blijft immers de vraag of de interpretatie die de verwijzende rechter aan artikel 198*bis* DRO heeft gegeven, wel correct is.

De tekst van artikel 198*bis*, tweede lid DRO heeft het in elk geval over het “alsnog voorleggen voor *eensluitend* advies aan de Hoge Raad voor Herstelbeleid”. Die tekst wijst erop dat het advies, in tegenstelling tot wat de verwijzende rechter aanneemt, wél bindend is voor de herstellvorderende overheid, in die zin dat de herstellvordering niet kan worden ingewilligd als het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid niet eensluitend is.

De Vlaamse regering had die opmerking ook gemaakt in de procedure voor het Grondwettelijk Hof. Het Grondwettelijk Hof heeft er evenwel op gewezen dat het aan de verwijzende rechter toekomt om de bepaling die het voorwerp uitmaakt van de prejudiciële vraag te interpreteren, en de exceptie van de Vlaamse regering verworpen.

Uit het arrest kan dus in elk geval **niet** worden afgeleid dat het advies dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid uitbrengt met toepassing van artikel 198*bis* DRO niet bindend zou zijn voor de herstellvorderende overheid. Er kan enkel uit worden afgeleid dat, **als** wordt aangenomen dat het advies niet bindend is voor de vorderende overheid, de kwestieuze bepaling toch niet strijdig is met het gelijkheidsbeginsel.

Samenvattend kan dan ook het volgende worden gesteld:

In die zin (door de verwijzende rechter) geïnterpreteerd dat het advies dat op initiatief van de rechter wordt gevraagd aan de Hoge Raad voor Herstelbeleid met betrekking tot een herstellvordering die reeds werden ingeleid vóór de inwerkingtreding op 16 december 2005 van het verplichte voorafgaande eensluitend advies van de Hoge Raad, niet bindend is voor de herstellvorderende overheid, schendt artikel 198*bis* DRO het gelijkheidsbeginsel niet.

99. Aanvankelijk werd de Hoge Raad voor het Herstelbeleid opgericht met als doel het verlenen van algemene beleidsadviezen en daarnaast het verlenen van concrete adviezen met betrekking tot inbreuken die dateerden van vóór 1 mei 2000. De laatstgenoemde adviesbevoegdheid had tot doel het zgn. **historisch passief** weg te werken en was als een tijdelijke bevoegdheid opgevat.

Echter, na het arrest nr. 14/2005 van 19 januari 2005 van het Grondwettelijk Hof werd deze adviesbevoegdheid ex artikel 149 en 153 DRO er één van permanente aard.

Dit neemt echter niet weg dat de overgangsbepaling van artikel 198*bis* DRO nog steeds dé bepaling bij uitstek is om de herstellvorderingen die destijds zonder advies voor de justitiële rechter werden ingeleid, alsnog voor advies voor te leggen aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.

2. De voorgestelde regeling

2.1. De overgangsregeling moet kunnen behouden blijven

100. De huidige redactie van de overgangsbepaling in artikel 49 van het voorontwerp van decreet tot aanpassing en aanvulling van het ruimtelijke plannings-, vergunningen- en handhavingsbeleid is onvolledig. Het betreft een loutere opsomming van een aantal decretale bepalingen.

Evenwel kan worden aangenomen dat, aangezien artikel 49 de eerste bepaling is van “*TITEL VII. OPHEFFING, AANPASSING en INVOERING VAN SLOTBEPALINGEN*”, het de bedoeling is van de decreetgever om de overgangsbepalingen van huidig artikel 198*bis* DRO **op te heffen**.

In de Memorie van Toelichting wordt niet nader toegelicht waarom deze overgangsbepaling juist wordt opgeheven.

101. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt echter op dat ook in de toekomst de overgangsregeling **nog relevant** zal blijven, aangezien er nog steeds gedingen voor de straf- en de burgerlijke rechter zijn, waarbij er nog uitspraak verleend dient te worden over herstellvorderingen die zonder advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid werden ingeleid en aangezien in het licht van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof de facultatieve adviesaanvraag zowel betrekking kan hebben op inbreuken van vóór als van ná 1 mei 2000.¹²³

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid beveelt dan ook aan dat huidig artikel 198*bis* DRO niet zou worden opgeheven.

Technisch kan dit door na artikel 76 van het huidige voorontwerp, artikel 77 door het onderstaande tekstvoorstel te vervangen en dienvolgens huidig artikel 77 van het voorontwerp te hernoemen tot artikel 78 enz.

2.2. Alternatief tekstvoorstel

102. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt voor dat artikel 198*bis*, tweede lid DRO wordt vervangen als volgt:

Artikel 77.

Artikel 198*bis*, tweede lid van hetzelfde decreet wordt vervangen als volgt:

“De rechter kan vorderingen die nog niet voor advies werden voorgelegd aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, alsnog voor advies voorleggen aan de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.”

2.3. Er moet juridische duidelijkheid worden verschaft nopens de bindende kracht van de adviezen

103. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat om tegemoet te komen aan de discussie omtrent de bindende kracht van de adviezen verleend met toepassing van artikel 198*bis* DRO er voor de decreetgever twee mogelijkheden zijn:

1. ofwel is het advies bindend naar de herstellvorderende overheid toe, in welk geval de herstellvorderende overheid haar herstellvordering slechts zal kunnen handhaven indien er door de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid beslist wordt om “*een positief meerderheidsadvies te verlenen*”;

¹²³ *Supra*, nr. 6 en het aldaar aangehaalde arrest nr. 34/2007 van 7 maart 2007 van het Grondwettelijk Hof.

2. ofwel is het advies niet bindend naar de herstelvorderende overheid toe, in welk geval de herstelvorderende overheid haar herstelvordering zelfs wanneer de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid beslist om niet “*een positief meerderheidsadvies te verlenen*” haar herstelvordering kan handhaven.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid maakt geen keuze tussen beide opties, maar vraagt wel dat deze discussie omwille van de rechtszekerheid decretaal wordt geregeld.

X. DE NIEUWE VERJARINGSREGELING

1. Het huidige verjaringsregime

104. Ingevolge artikel 42, 6° van het voorontwerp van decreet wordt artikel 149, §3 DRO vervangen door een nieuwe bepaling die voorziet in nieuwe verjaringstermijnen.

Het huidige verjaringsregime wordt decretaal niet geregeld. Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen het geval waarin de herstelvordering wordt voorgelegd aan de strafrechter in het kader van een strafproces, dan wel of de herstelvordering wordt voorgelegd aan de burgerlijke rechter in een burgerlijke procedure.

105. Met betrekking tot de verjaring van de herstelvordering **voor de strafrechter** is artikel 26 V.T.Sv., naar luid waarvan de burgerlijke rechtsvordering uit een misdrijf niet kan verjaren vóór de strafvordering, van toepassing.

In een arrest van 13 mei 2003 oordeelde het Hof van Cassatie immers dat de herstelvordering van de stedenbouwkundige inspecteur een maatregel van burgerlijke aard is die tot de strafvordering behoort, zodat deze vordering, overeenkomstig artikel 26 V.T.Sv. niet verjaart vóór de strafvordering¹²⁴.

Concreet betekent dit dat aangezien de herstelvordering een maatregel van burgerlijke aard is en deze overeenkomstig artikel 26 V.T.Sv. niet verjaart vóór de strafvordering, de verjaring van de herstelvordering niet meer loopt totdat een in kracht van gewijsde gegane beslissing het geding heeft beëindigd.

Uiteraard vereist dit dat de herstelvordering tijdig ingesteld is en dat de strafvordering regelmatig werd aanhangig gemaakt¹²⁵ vóór het verval van de strafvordering (b.v. door verjaring van de strafvordering).

Eénmaal regelmatig en tijdig ingesteld, loopt de verjaring van de herstelvordering niet meer tegen de eiser. Dit is dan weer een gevolg van de burgerlijke stuiting in de zin van artikel 2244 B.W. Van zodra de rechter, bij wie de strafvordering is aanhangig gemaakt, kennis heeft genomen van de keuze van de herstelvorderende overheid m.b.t. de beoogde herstelmaatregel (of combinatie van herstelmaatregelen), is er immers sprake van de voornoemde burgerlijke stuiting.

106. Op 22 augustus 2003 traden de bepalingen van het Handhavingsdecreet in werking.

Zonder dat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid binnen dit bestek nader ingaat of sinds de inwerkingtreding van het Handhavingsdecreet wat betreft artikel 146, derde lid DRO een bestanddeelsluiting¹²⁶ dan wel een strafuitsluitende verschoningsgrond¹²⁷ betrof¹²⁸, dient erop gewezen te worden dat in een aantal arresten van 13 december 2005 het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat de opheffing van het strafbare karakter van het misdrijf van instandhouding alleen het verval van de op dat misdrijf gesteunde strafvordering tot gevolg had.

¹²⁴ Cass. 13 mei 2003, R.W. 2003-04, 1219, noot G. DEBERSAQUES.

¹²⁵ Door rechtstreekse dagvaarding of door verwijzing door het onderzoeksgerecht.

¹²⁶ Ook wel depenalisering of decriminalisering genoemd.

¹²⁷ Ook wel strafuitsluitingsgrond genoemd.

¹²⁸ D. VAN HEUVEN en J. BELEYN, "Verjaring herstelvorderingen", *NjW* 2007, 732-736, voor een zeer recente bijdrage in de rechtsleer over deze problematiek en de overige aspecten van de verjaring van de herstelvordering.

Bij ontstentenis van andersluidende bepaling, oordeelde het Hof van Cassatie dat deze wijziging niet meebracht dat de instandhouding, die strafbaar was in de periode waarin zij plaatsvond, niet langer de grondslag kon uitmaken van een herstelvordering, noch dat de strafrechter voor wie de herstelvordering werd ingesteld op het ogenblik dat de instandhouding nog strafbaar was, daardoor zijn bevoegdheid verloor¹²⁹.

De opheffing van het strafbare karakter van het misdrijf van instandhouding, bracht niet met zich mee dat de feiten niet langer een fout zouden zijn, noch dat de strafrechter voor wie de herstelvordering c.q. de burgerlijke rechtsvordering werd ingesteld op het ogenblik dat de feiten nog strafbaar waren, daardoor zijn bevoegdheid verloor¹³⁰.

107. Voor de strafrechter geldt dan ook dat elke ná 21 augustus 2003 aanhangig gemaakte strafvordering met betrekking tot feiten van instandhouding buiten ruimtelijk kwetsbaar gebied in de oude benadering¹³¹ (= mét inbegrip van de landschappelijk waardevol agrarische gebieden), onontvankelijk is, alsook de bij deze strafvordering gevoegde herstelvordering.

Bij de vóór 22 augustus 2003 ingestelde herstelvordering met betrekking tot feiten van instandhouding buiten ruimtelijk kwetsbaar gebied in de oude benadering (= mét inbegrip van de landschappelijk waardevol agrarische gebieden), strafbaar op het moment waarop ze gesteld werden, kan de instandhouding de grondslag blijven uitmaken van een herstelvordering.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt bovendien op dat thans volgens artikel 184 van het voorontwerp van decreet artikel 146, derde lid DRO dient geïnterpreteerd te worden als volgt:

“Deze bepaling heeft de strafbaarstelling van de vermelde instandhoudingsmisdrijven op.”

Dit heeft tot gevolg dat artikel 146, derde lid DRO moet worden geacht *ab initio* een bestandsdeelsluiting, depenalisering of decriminalisering te hebben uitgemaakt.

108. Met betrekking tot de verjaring van de herstelvordering voor de burgerlijke rechter kan het volgende worden opgemerkt.

Onder het huidige verjaringsregime is het allerm minst duidelijk wanneer de verjaring van de herstelvordering voor de burgerlijke rechter plaatsvindt.

In de rechtsleer worden een aantal suggesties aangereikt. Een meerderheidsstrekking in de rechtsleer is de mening toegedaan dat de verjaringstermijn voor de herstelvordering van de stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen in het geval van een procedure voor de burgerlijke rechter aan het regime van de tweevoudige verjaringstermijn van 5 c.q. 20 jaar met betrekking tot vorderingen uit onrechtmatige daad in de zin van artikel 2262*bis*, §1, tweede en derde lid B.W. is onderworpen.

¹²⁹ Cass. (2^{de} kamer), AR P050693N, 13 december 2005, *T.R.O.S.* 2007, concl. M. DE SWAEF, noot D. DE WOLF.

¹³⁰ Cass. (2^{de} kamer), AR P050762N, 13 december 2005, *T.R.O.S.* 2006, noot D. DE WOLF.

¹³¹ Cass. 2 mei 2006, *T.M.R.* 2006, noot P. LEFRANC. Volgens dit cassatiearrest was landschappelijk waardevol agrarisch gebied “*agrarisch gebied met bijzondere waarde*” en dus ruimtelijk kwetsbaar gebied in de zin van het toenmalige artikel 146, derde lid DRO. In het voorontwerp van decreet zijn de landschappelijk waardevolle agrarische gebieden, geen ruimtelijk kwetsbare gebieden. Zie artikel 2, 1^o van het voorontwerp van decreet. Hiermee werd tegemoet gekomen aan één van de door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in een eerder beleidsadvies aangehaald knelpunten, zie het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstelvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviessaanvragen, 15, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaal-site <http://www.ruimtelijke.ordering.be>.

Volgens de conclusie van procureur-generaal Marc DE SWAEF bij één van de voornoemde cassatiearresten van 13 december 2005 kan de rechter oordelen dat de instandhouding, die op het ogenblik waarop zij plaats had door de wet strafbaar werd gesteld, een onrechtmatige daad uitmaakt en blijft uitmaken, ook al werd nadien de strafwet opgeheven.

Indien de overgangsrechterlijke benadering van procureur-generaal Marc DE SWAEF wordt gevolgd, meer bepaald dat alle instandhoudingsfeiten van vóór 22 augustus 2003 één voortdurende fout blijven uitmaken, komt dit erop neer dat er pas en ten vroegste vanaf 22 augustus 2008, d.i. 5 jaar ná de inwerkingtreding van het Handhavingsdecreet, sprake kan zijn van verjaring van de herstellvordering voor de burgerlijke rechter wanneer de overtreding niet was gesitueerd in ruimtelijk kwetsbaar gebied volgens de oude benadering (= mét inbegrip van de landschappelijk waardevol agrarische gebieden).

Deze suggestie betreft echter, hoewel goed onderbouwd, een interpretatie binnen de rechtsleer, zonder dat in het decreet iets wordt bepaald¹³².

De suggestie is overigens niet sluitend. Er kan betwisting rijzen of b.v. de inschrijving op de kadasterplannen van een constructie of het heffen van onroerende voorheffing op een constructie, beschouwd kan worden als voldoende kennis van de schade of de verzwaring ervan in de zin van artikel 2262*bis* B.W.

109. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid treedt dan ook de verzuchting van de decreetgever bij om een met betrekking tot de verjaring minder complexe regeling in te voeren.

2. De voorgestelde regeling

2.1. Noodzaak aan sluitende definitie van de gebiedscategorieën

110. De nieuwe verjaringsregeling wordt gemoduleerd in functie van de ligging van het goed in “*kwetsbare gebieden*”, of in “*gebieden die vallen onder de categorieën van gebiedsaanduiding “gemeenschaps- en nutsvoorzieningen”, “wonen” of “bedrijvigheid”* en het negatieve complement van de voornoemde gebiedsaanduidingen, i.e. “*openruimtegebied*”.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wenst echter de aandacht erop te vestigen dat de voornoemde “*categorieën van gebiedsaanduiding “gemeenschaps- en nutsvoorzieningen”, “wonen” of “bedrijvigheid”* geen sluitend gedefinieerde begrippen zijn.

Het betreft in ieder geval geen gebiedsaanduidingen in de zin van het Inrichtingsbesluit, noch betreft het duidelijk gedefinieerde gebiedsaanduidingen van ruimtelijke uitvoeringsplannen.

Bovendien kunnen er discrepanties bestaan met de gebiedsaanduidingen van de bijzondere plannen van aanleg.

Zo kan gedacht worden aan de bestemming “*buurtpark*” waar tevens “*wonen*” toegelaten is. De vraag dringt zich op of dit een gebied betreft dat valt onder de categorie van gebiedsaanduiding “*wonen*” in de zin van de nieuwe regeling.

¹³² Sommigen binnen de rechtsleer aanvaarden om te beginnen niet eens dat het verjaringsregime van artikel 2262*bis* B.W. geldt. Zie S. DE TAEYE, “Stedenbouwmisdrijven verjaren wel. Enkele bedenkingen bij het verjaringscontentieux in het handhavingsrecht ruimtelijke ordening”, *T.R.O.S.* 2001, 36. Anderen binnen de rechtsleer aanvaarden de overgangsrechtelijke analyse die inhoudt dat verjaringstermijn pas vanaf 22 augustus 2003 kan beginnen lopen in de ruimtelijk kwetsbare gebieden dan weer niet. Zie B. DE TEMMERMAN, “De herstelmaatregelen en de herstellvordering in het milieu- en stedenbouwwrecht”, in A. DE PAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (ed.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Brugge, Larcier, 2005, 436.

Een eerste concrete voorbeeld waarnaar kan verwezen worden is het bij ministerieel besluit van 5 maart 2003 goedgekeurd bijzonder plan van aanleg “Groene Vallei nr. 133” dat door de gemeenteraad van Gent op 21 oktober 2002 definitief werd aangenomen.

De bestemming van het beheersingsgebied van het voornoemde plan van aanleg was volgens het bij koninklijk besluit van 14 september 1977 definitief vastgesteld gewestplan Gentse en Kanaalzone woongebied. In het beheersingsgebied van het voornoemde plan van aanleg wordt in een gedifferentieerde bestemming voorzien. Het grootste deel van het plangebied wordt bestemd tot “parkzone”, een deel van het plangebied wordt bestemd tot “woonzone” en er zijn verder nog andere, meer gebiedsspecifieke bestemmingen voorzien.

De vraag kan gesteld worden of een gebeurlijke, wederrechtelijke constructie in deze “woonzone” volgens het voornoemde bijzonder plan van aanleg ligt in een “gebied dat valt onder de categorie van gebiedsaanduiding “gemeenschaps- en nutsvoorzieningen”, “wonen” of “bedrijvigheid”, dan wel in een “openruimtegebied” in de zin van het nieuwe artikel 149, §3 DRO.

De vraag kan tevens gesteld worden of gebeurlijke, wederrechtelijke werken, handelingen of wijzigingen¹³³ die gesitueerd kunnen worden in de “parkzone” volgens het voornoemde bijzonder plan van aanleg, liggen in een “gebied dat valt onder de categorie van gebiedsaanduiding “gemeenschaps- en nutsvoorzieningen”, “wonen” of “bedrijvigheid”, dan wel in een “openruimtegebied” in de zin van het nieuwe artikel 149, §3 DRO.

Een tweede concrete voorbeeld waarnaar verwezen kan worden is het door de bestendige deputatie van de provincieraad van Oost-Vlaanderen op 7 september 2006 goedgekeurd gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zonevreemde woningen” van Nazareth.

Dit GRUP wordt opgevat als een perimeterplan waarbij alle (potentiële) zonevreemde woningen limitatief worden aangeduid. Dit impliceert dat de stedenbouwkundige voorschriften van de GRUP opgemaakt zijn als “overlay” op het bij koninklijk besluit van 24 februari 1977 definitief vastgesteld gewestplan Oudenaarde, zoals gewijzigd bij latere besluiten. Het plangebied is volgens het voornoemde gewestplan gelegen in agrarisch gebied. Het is m.a.w. geen gebiedsdekkend, doch een thematisch ruimtelijk uitvoeringsplan waarbij in overdruk de (potentiële) zonevreemde constructies op staan aangeduid (b.v. “niet-geïsoleerde woningen”, “geïsoleerde woningen”, “landbouwzetels”, etc.).¹³⁴

De op dit GRUP aangeduide “niet-geïsoleerde woningen” krijgen volgens de toelichting bij de stedenbouwkundige voorschriften (blz. 10) de “*huidige decretale mogelijkheden van zonevreemde woningen, evenwel zonder de beperking van maximaal 100% uitbreiding*”.

De vraag dringt zich op of b.v. deze “niet-geïsoleerde woningen” nu al dan niet zijn komen te liggen in een “gebied dat valt onder de categorie van gebiedsaanduiding “gemeenschaps- en nutsvoorzieningen”, “wonen” of “bedrijvigheid”, dan wel liggen in “openruimtegebied” in de zin van het nieuwe artikel 149, §3 DRO, aangezien de bestemming van het gewestplan als agrarisch gebied niet is opgeheven.

¹³³ Zo zouden in de “parkzone”, i.e. het buurtpark zelf, b.v. speeltuigen kunnen worden geplaatst zonder vergunning. Tevens kan b.v. gedacht worden aan reliëfwijzigingen in het buurtpark die niet conform artikel “2.2 Zone 1: Zone voor park” passen binnen “een totaalconcept” dat dient te worden vastgelegd in een plan “omgevingsaanleg”, en derhalve niet conform de stedenbouwkundige voorschriften van het bijzonder plan van aanleg zouden zijn uitgevoerd.

¹³⁴ M.a.w., er worden geen wijzigingen van de bestemming conform het kwestieuze gewestplan doorgevoerd, met uitzondering van een wooncluster in een zone voor gemeenschapsvoorzieningen. Zie blz. 10 van de Toelichting bij de stedenbouwkundige voorschriften van het gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan “Zonevreemde woningen” van Nazareth.

111. De in de voorgestelde regeling gebruikte gebiedsaanduidingen zijn weliswaar terug te vinden in het ontwerp van het besluit van de Vlaamse regering tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen, waaraan de Vlaamse regering op 19 juli 2007 zijn principiële goedkeuring heeft verleend.

In zijn advies nr. 43.952/1 van 7 februari 2008 over het ontwerp van het voornoemde besluit heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State echter erop gewezen dat het kwestieuze besluit geen reglementair besluit is. De in artikel 1 van het voornoemde besluit opgenomen gebiedsaanduidingen vormen een louter “*uitgangspunt*”. De in de bijlage van het voornoemde besluit opgenomen typevoorschriften bevatten geen dwingende regels.¹³⁵

112. Voor de rechtszekerheid is het dwingend dat de “*categorieën van gebiedsaanduiding “gemeenschaps- en nutsvoorzieningen”, “wonen” of “bedrijvigheid”*” sluitend gedefinieerd worden. Zoniet is de negatieve component van het drievoudige onderscheid in de voorgestelde regeling, m.n. het “*openruimtegebied*”, evenmin sluitend gedefinieerd.

2.2. Het tijdstip waarop de verjaringstermijn begint te lopen

113. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat in het nieuwe artikel 149, §3, 1° en 2° DRO duidelijk vermeld wordt vanaf wanneer de verjaring van het vorderingsrecht van de herstellende overheden begint te lopen.

In artikel 149, §3, 3° DRO wordt dit echter niet duidelijk vermeld. Er wordt enkel bepaald dat in de ruimtelijk kwetsbare gebieden het vorderingsrecht verjaart door verloop van tien jaren, “*onverminderd de strafbaarstelling van instandhoudingsmisdrijven in ruimtelijk kwetsbare gebieden als vermeld in artikel 146, derde lid*”. Aangezien “*strafbaarstelling*” louter op het misdrijf zelf en niet op de herstellende overheden betrekking heeft, is deze omschrijving voor verkeerde interpretaties vatbaar.

Op blz. 8 van de Memorie van Toelichting wordt e.e.a. nader toegelicht. In de ruimtelijk kwetsbare gebieden geldt een zgn. “*nultolerantie*”. Op blz. 82 van de Memorie van Toelichting wordt verder nog gesteld dat de herstellende overheden in ruimtelijk kwetsbare gebieden verjaart door verloop van tien jaren, te rekenen “*vanaf het plegen van het misdrijf*” en zonder “*dat afbreuk wordt gedaan aan het principe van het instandhoudingsmisdrijf in ruimtelijk kwetsbaar gebied*”.

M.a.w. onder het “*plegen van het misdrijf*” dient zowel het aflopend misdrijf van de oprichting als het voortdurend misdrijf van de instandhouding te worden begrepen.

Het is dan ook duidelijk dat de voorgestelde regeling met betrekking tot verjaring van de herstellende overheden in de ruimtelijk kwetsbare gebieden in wezen niet verschilt van het thans bestaande regime: aangezien het instandhoudingsmisdrijf van dag tot dag wordt gepleegd zolang de wederrechtelijke toestand niet wordt ongedaan gemaakt (b.v. door een regularisatievergunning of door vrijwillige afbraak), kan te allen tijde een herstellende overheid worden ingesteld.¹³⁶

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid formuleert hieronder een alternatief tekstvoorstel, opdat het tijdstip vanaf waarop de verjaringstermijn begint te lopen duidelijker zou worden bepaald, zoals in het nieuwe artikel 149, §3, 1° en 2° DRO.

¹³⁵ Er wordt in het kwestieuze advies nr. 43.952/1 van de afdeling wetgeving van de Raad van State zelfs verwezen naar de parlementaire voorbereiding van artikel 2 van het decreet van 22 april 2005 tot 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. Hieruit blijkt des te meer dat het niet de bedoeling is een nieuw “inrichtingsbesluit” uit te vaardigen: “*Het is niet de bedoeling om altijd aan die voorschriften gebonden te zijn bij de opmaak van een plan en evenmin uit het oog te verliezen dat er ook gebiedsspecifiek kan (opgetreden) worden, bijvoorbeeld via aangepaste inrichtingsvoorschriften.*”, *Parl. St.* VI. Parl. 2004-05, nr. 233/3, 5.

¹³⁶ Wat soms ten onrechte wordt omschreven als “*de herstellende overheid verjaart niet*”.

3. Tekstvoorstel

114. Artikel 42, 6° van het voorontwerp van het decreet moet als volgt worden vervangen:

§3 wordt vervangen door wat volgt:

§3. Het vorderingsrecht van de stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen verjaart, onverminderd de gemeenrechtelijke schorsings- en stuitingsgronden betreffende de burgerlijke rechtsvorderingen volgend uit een misdrijf, en onverminderd artikel 26 van de voorafgaande titel van het Wetboek van Strafvordering, als volgt:

- 1° in gebieden die vallen onder de categorieën van gebiedsaanduiding “gemeenschaps- en nutsvoorzieningen”, “wonen” of “bedrijvigheid”: door verloop van vijf jaren, te rekenen vanaf de dag waarop het in artikel 146 vermelde misdrijf gepleegd werd;
- 2° in openruimtegebied, zijnde alle gebieden die niet vallen onder 1° en 3°: door verloop van tien jaren, te rekenen vanaf de dag waarop het in artikel 146 vermelde misdrijf gepleegd werd;
- 3° in ruimtelijk kwetsbare gebieden: door verloop van tien jaren, te rekenen vanaf de dag waarop het in artikel 146 vermelde misdrijf gepleegd werd.**

XI. CAPITA SELECTA

115. Tot slot worden hieronder een aantal overige aandachtspunten, die niet specifiek in één van de vorige rubrieken kunnen worden ondergebracht, of die nog eens afzonderlijk uitdrukkelijk naar voren dienen te worden gebracht, door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid besproken.

XI.1. Het advies betreffende opeenvolgende herstellvorderingen

1. De voorgestelde regeling

116. Naar luid van het nieuwe artikel 148^{ter}.5. DRO is de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid belast met het uitbrengen van een verplicht advies in het geval de initiële keuze van het bestuur voor een herstellvordering bij de correctionele rechtbank dan wel bij de rechtbank van eerste aanleg gewijzigd wordt.

117. In de huidige adviespraktijk van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid komt het voor dat uit de adviesaanvraag niet af te leiden is of de herstellvordering zal worden ingeleid in het kader van artikel 149, §1 DRO dan wel in het kader van artikel 151 DRO.

Hoewel dit op zich de bevoegdheid van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid niet raakt, dient de herstellvorderende overheid zich hierover wel uit te spreken. De herstellvorderende overheid kan zich weliswaar op het eensluidend advies beroepen ongeacht op welke wijze de herstellvordering wordt ingesteld.

Niettemin mag, indien de herstellvorderende overheid eerst kiest voor een strafrechtelijke vordering en pas later voor een burgerlijke vordering opteert, vanuit de algemene principes van het bestuursrecht evenwel worden aangenomen dat dit advies achterhaald kan zijn indien de gegevens waarop dit advies is gesteund inmiddels achterhaald zijn. In dit geval komt het advies te vervallen¹³⁷. Het komt de herstellvorderende overheid toe – onder het toezicht van de bevoegde burgerlijke rechter – om hierop toe te zien en in voorkomend geval de herstellvordering opnieuw voor advies aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor te leggen¹³⁸.

118. Thans wordt deze in de vaste adviespraktijk aangehouden opmerking decretaal verankerd. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid treedt de wens van de decreetgever om ter zake een nieuwe adviesbevoegdheid in het leven te roepen dan ook bij.

De *ratio legis* is, gelet op de voornoemde adviespraktijk, duidelijk. Indien de herstellvorderende overheid eerst de herstellvordering ingeleid heeft voor de correctionele rechtbank resp. voor de burgerlijke rechtbank die de vordering ongegrond heeft verklaard¹³⁹, en nadien nog de herstellvordering wenst in te leiden voor de burgerlijke rechtbank resp. de correctionele rechtbank¹⁴⁰, kan dit enkel gebeuren na een “*positief meerderheidsadvies*” van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

¹³⁷ Zie ter zake inz. J. SALMON, *Le Conseil d'Etat*, Brussel, Bruylant, 1994, 430 en J-M AUBY, “Le régime juridique des avis dans la procédure administrative”, *A.J.D.A.* 1956, (53) 61-62. Voor een toepassing van dit principe (buiten het handhavingsbeleid), zie R.v.St., Apers en Van Buel, nr. 93.767, 7 maart 2001.

¹³⁸ Zie het beleidsadvies van 23 oktober 2006 over de door de raad gehanteerde inhoudelijke criteria bij de beoordeling van de aan de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor advies voorgelegde herstellvorderingen, door de raad ervaren actuele knelpunten in het handhavingsbeleid en het gegeven gevolg aan de adviesaanvragen, 8/18, te raadplegen op de website van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid via de portaalsite <http://www.ruimtelijke.ordening.be>.

¹³⁹ Het komt b.v. voor dat de strafrechter de herstellvordering kennelijk onredelijk bevindt.

¹⁴⁰ In de praktijk lijkt het waarschijnlijker dat de herstellvordering eerst zal worden voorgelegd aan de strafrechter.

119. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt evenwel op dat de huidige redactie van het nieuwe artikel 148ter.5 DRO dubbelzinnig is.

De voorgestelde bepaling kan even goed worden begrepen in de zin dat, indien de overheid haar herstellvordering wijzigt voor de rechter waar ze al aanhangig was, een nieuw advies nodig is. Dit betreft echter een andere problematiek.¹⁴¹ In dit eerste opzicht dringt zich een andere formulering op.

120. Aangaande de redactie van het nieuwe artikel 148ter.5 DRO inzake het advies betreffende opeenvolgende herstellvorderingen kan nog op het volgende worden gewezen.

Zowel de correctionele rechtbank als de burgerlijke rechtbank zijn onderdelen van de rechtbank van eerste aanleg.

Artikel 76 van het Gerechtelijk Wetboek bepaalt immers het volgende:

“De rechtbank van eerste aanleg bestaat uit drie afdelingen nl. de burgerlijke rechtbank, de correctionele rechtbank en de jeugdrechtbank.”

In dit tweede opzicht dringt zich eveneens een andere formulering op.

121. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid formuleert dan ook het onderstaande tekstvoorstel met betrekking tot §1 van het nieuwe artikel 148ter.5. DRO, waarin aan de opmerkingen in de eerste twee opzichten tegemoet wordt gekomen.

2. Het begrip “opeenvolgende” herstellvorderingen

122. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt verder nog op dat de voorgestelde regeling geen afdoende antwoord biedt op de vraag, of het advies van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid vereist is al **hangende het geding voor de rechter** de herstellvorderende overheid haar herstellvordering wijzigt.

123. Hierbij dienen zich drie mogelijkheden aan:

1. wijziging van de aard van de herstellmaatregel (b.v. meerwaarde in plaats van afbraak) ;
2. behoud van de aard van de herstellmaatregel met een wijziging van de concrete inhoud ervan (b.v. de beoogde aanpassingswerken worden anders geformuleerd naar de concrete inhoud ervan toe);
3. een wijziging die al dan niet een ruimtelijke impact heeft, m.a.w. er wordt door de herstellvorderende overheid een andere ruimtelijke analyse gemaakt en in functie daarvan wordt de vordering aangepast.

124. Wanneer in één van de drie bovenstaande gevallen de herstellvorderende overheid haar herstellvordering wijzigt, dan is er ook sprake van “opeenvolgende herstellvorderingen”. Het begrip “opeenvolgende herstellvorderingen” kan dus ook op andere aspecten betrekking hebben dan wat door de decreetgever in ogenschouw wordt genomen in de voorgestelde regeling.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid vindt het opportuun dat in één van de drie bovenstaande gevallen de herstellvorderende overheid ook haar herstellvordering eerst kan wijzigen na een “*positief meerderheidsadvies*” van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

¹⁴¹ *Infra*, nr. 122 e.v.

125. Hiertoe wordt een §2 gevoegd aan het nieuwe artikel 148*ter*.5. DRO, zoals verwerkt in het onderstaande tekstvoorstel, opdat aan de opmerkingen in dit derde opzicht wordt tegemoet gekomen.

3. Alternatief tekstvoorstel

Artikel 148*ter*.5.

§1 Indien de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen een herstellvordering initieel inleidde voor de correctionele rechtbank, en nadien voor dezelfde inbreuk nog een herstellvordering inleidt voor de burgerlijke rechtbank, dan kan dit enkel wanneer de Hoge Raad voorafgaand aan het inleiden van de herstellvordering voor de burgerlijke rechtbank een positief advies heeft verleend. Hetzelfde geldt indien een herstellvordering eerst voor de burgerlijke rechtbank en nadien voor de correctionele rechtbank wordt ingeleid.

§2 Eenmaal de herstellvordering door de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen werd ingeleid voor de rechter, kan een wijziging van de aard of een essentiële wijziging van de omvang van de herstelmaatregel pas nadat de Hoge Raad een positief advies heeft verleend.

4. Omtrent de verduidelijking in de Memorie van Toelichting

126. Bij wijze van voorbeeld wordt in de Memorie van Toelichting onderaan op blz. 76 gewezen op de situatie waarin een overheid via strafrechterlijke weg herstel vordert en geconfronteerd wordt met een beslissing tot seponering en nadien in principe een herstellvordering kan indienen bij de rechtbank van eerste aanleg.

Hoewel dit juridisch wel mogelijk is, wordt in het kader van een logisch en een transparant handhavingsbeleid ervoor geopteerd bij decreet in een adviesverplichting te voorzien bij “opeenvolgende” of “consecutieve” vorderingen.

127. Uit de woordkeuze in de Memorie van Toelichting kan afgeleid worden dat de decreetgever kennelijk de situatie viseert waarbij de herstellvorderende overheid geconfronteerd wordt met een beslissing tot **seponeren** van de procureur des Konings.

Een rechtbank kan echter nooit een zaak seponeren. Het onderzoeksgerecht (Raadkamer, Kamer van Inbeschuldigingstelling) kan desgevallend een inverdenkinggestelde buiten vervolging stellen of beslissen dat er geen aanleiding is tot vervolgen (bij gebrek aan voldoende bezwaren), maar een vonnisgerecht kan enkel vrijspreken of veroordelen.

De term “seponeren” hoort bij de werking van het Openbaar Ministerie en is een beslissing waarbij een opsporingsonderzoek, waarin dus geen rechter is geadieerd¹⁴², zonder gevolg gelaten wordt.

Dit is evenwel een steeds herroepbare maatregel. Op eenvoudig verzoek van een partij of ingeval van nieuwe feitelijke gegevens kan de zaak heropend worden.

¹⁴² Indien een onderzoeksrechter werd geadieerd, is er een zgn. gerechtelijk onderzoek, wat impliceert dat het onderzoeksgerecht in het kader van de regeling van de rechtspleging dient te beslissen om de zaak al dan niet naar de bevoegde strafrechtbank door te verwijzen. Bij een gerechtelijk onderzoek kan derhalve geen seponering meer gebeuren door het Openbaar Ministerie.

Een seponering door het Openbaar Ministerie kan om juridisch-technische redenen gebeuren (feiten verjaard, dader onbekend, dader overleden...), maar kan ook gebeuren om redenen van opportuniteit. De inbreuken komen in het laatste geval wel bewezen voor, maar de parketmagistraat oordeelt dat er geen reden is om in het dossier vervolgingen in te stellen.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt dan ook voor het tweede voorbeeld onderaan blz. 76 van de Memorie van Toelichting te schrappen, daar het juridisch-technisch gezien geen steek houdt.

Het “tweede voorbeeld” onderaan blz. 76 van de Memorie van Toelichting dient te worden geschrapt.

XI. 3. De adviesverplichting van artikel 148ter DRO

1. De voorgestelde regeling

128. In het nieuwe artikel 148ter DRO wordt de adviesverplichting decretaal opgelegd. Er dient echter te worden opgemerkt dat de huidige redactie van deze bepaling in het voorontwerp van decreet dubbelzinnig is: *“De Hoge Raad is belast met het uitbrengen van een verplicht advies”*.

De vraag rijst onmiddellijk of de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid verplicht advies moet geven als het hem wordt gevraagd, of de herstellvorderende overheid verplicht is een advies in te winnen vooraleer een herstellvordering kan worden ingediend voor de rechter c.q. kan worden overgaan tot de ambtshalve uitvoering.

129. Het laatste is zonder twijfel de bedoeling van de decreetgever en sluit aan op de huidige rol van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in de veelheid aan actoren in de handhaving op het vlak van de ruimtelijke ordening.

Het lijkt dan ook aangewezen dat artikel 148ter DRO anders zou worden geredigeerd.

2. Tekstvoorstel

130. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid formuleert dan ook het onderstaande tekstvoorstel:

Artikel 148ter.

De stedenbouwkundige inspecteur en het college van burgemeester en schepenen van de gemeente waarbinnen het in artikel 146 vermelde misdrijf werd gepleegd, kunnen slechts overgaan tot het inleiden van een herstellvordering voor de rechter of het ambtshalve uitvoeren van een herstelmaatregel, wanneer voorafgaandelijk de Hoge Raad een positief advies heeft verleend.

XI.4. De “marginale toets”

1. De voorgestelde regeling

131. In artikel 148*ter.2*, §§1 tot 3 DRO wordt voorzien in een zgn. “marginale toets” indien een zaak zich leent tot eenvoudige afdoening.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat het gebruik van de terminologie “marginale toets” bijzonder ongelukkig is gekozen. Het geeft aanleiding tot discussie over de draagwijdte van die “marginale” adviezen.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat beter wordt bepaald dat het advies kan worden uitgebracht door de voorzitter of een door hem aangeduid lid van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid alleen in die “kennelijke” gevallen die in dat artikel worden genoemd.

132. Verder wordt de terminologie “zaak die zich leent tot eenvoudige afdoening” gebruikt. Het naast elkaar gebruiken van een dubbele terminologie (“marginale toets” en “zaak die zich leent tot eenvoudige afdoening”) dient te worden vermeden.

133. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid adviseert tevens nog dat best wat aanpassingen gebeuren aan de omschrijving van het tweede geval waarin een zaak voor eenvoudige afdoening vatbaar is.

Het louter aanhalen van de “algemene rechtspunten” die door de plenaire vergadering moeten worden beslecht in het belang van het handhavingsbeleid is te eng geformuleerd. Aangezien zowel de echte adviezen als de “marginale toets” een opportuniteitsbeoordeling behelzen, kan dit op meer dan loutere juridische aspecten betrekking hebben. Ook beleidsvragen dienen in het belang van een coherent handhavingsbeleid op een uniforme wijze beslecht te worden.

2. Tekstvoorstel

134. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt het volgende ter vervanging voor, met het oog op een meer consequente terminologie:

Artikel 148*ter.2*.

Indien een adviesaanvraag zich leent tot eenvoudige afdoening, kan het advies worden uitgebracht door de voorzitter van de Hoge Raad of een door hem aangeduid lid.

Een adviesaanvraag leent zich tot eenvoudige afdoening ingeval:

- 1° de adviesaanvraag kennelijk onontvankelijk of kennelijk ongegrond is;**
- 2° de voorgenomen herstellvordering of ambtshalve uitvoering kennelijk rechtmatig is, en de zaak geen betrekking heeft op algemene rechtspunten of beleidsvragen die in het belang van het handhavingsbeleid door de plenaire vergadering van de Hoge Raad moeten worden beslecht.**

De voorzitter of het door hem aangewezen lid brengt zijn advies uit binnen een ordetermin van 30 kalenderdagen, die ingaat de dag na deze van de betekening van de adviesaanvraag.

XI.5. De betekening van de adviezen

1. De voorgestelde regeling

135. In het nieuwe artikel 148^{ter}.3, § 3 DRO wordt enkel voorzien in kennisgeving aan “derden-belanghebbenden” ingeval van een beslissing “om geen positief meerderheidsadvies af te leveren”.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid vindt het opportuun om ook in het geval van een positief advies die kennisgeving te doen, al was het maar omdat een positief advies voor de betrokkene een stimulans kan zijn om tot vrijwillig herstel over te gaan.

136. Ook het gebruik van het begrip “belanghebbende derde” is niet aangewezen. Diegene die het misdrijf heeft gepleegd, is eigenlijk geen “derde” en zou bijgevolg in de voorgestelde regeling geen kennisgeving ontvangen.

Het is maar al te zeer de vraag of dit wel de bedoeling kan zijn van de decreetgever. Het uiteindelijke streefdoel is en blijft dat de overtreder zelf overgaat tot vrijwillig herstel en hiertoe zoveel mogelijk gestimuleerd wordt.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid beveelt daarom aan dat het ruimere begrip “belanghebbende” zou worden gebruikt. Zodoende wordt iedereen die mogelijk belanghebbende is, in kennis gesteld van het uitgebrachte advies, met inbegrip van de overtreder zelf.

2. Tekstvoorstel

137. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid formuleert dan ook het volgende tekstvoorstel:

§3 Het advies van de Hoge Raad wordt betekend aan de belanghebbenden die zijn gehoord of van wiens bestaan de Hoge Raad op grond van het dossier op de hoogte is.

XI.6. Het begrip “onderzoekswaardige zaken” en het advies betreffende sommige betekeningen van vonnissen en arresten

138. In het nieuwe artikel 148^{ter}.9, §§1 en 2 DRO wordt bepaald dat in “onderzoekswaardige zaken” de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid belast is met het uitbrengen van een verplicht advies over de betekening van vonnissen en arresten waarin de rechter het bestuur, i.e. de stedenbouwkundige inspecteur en/of het college van burgemeester en schepenen, heeft gemachtigd om ambtshalve in de uitvoering ervan te voorzien.

Het begrip “onderzoekswaardige zaken” valt af te raden, in die zin dat het impliceert dat andere zaken niet “onderzoekswaardig” zouden zijn.

Het nieuwe begrip “onderzoekswaardige zaken” voegt dan ook *in se* niets toe aan de voorgestelde regeling.

139. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid formuleert dan ook het onderstaande tekstvoorstel, ter vervanging van het nieuwe artikel 148^{ter.9} DRO.

Artikel 148^{ter.9}.

Vooraleer tot de betekening van een vonnis of een arrest waarin een rechter het bestuur heeft gemachtigd om ambtshalve in de uitvoering ervan te voorzien, dient het advies van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid verplicht te worden ingewonnen indien, enerzijds, de termijn voor de uitvoering van de bevolen herstelmaatregelen op de betekeningdatum reeds tien jaar of meer is verstreken en, anderzijds, voldaan is aan alle hiernavolgende mitigerende voorwaarden:

- 1° het voorwerp van het betrokken misdrijf is niet gelegen in ruimtelijk kwetsbaar gebied;
- 2° het misdrijf dat aanleiding heeft gegeven tot het vonnis of arrest, heeft geen betrekking op het verrichten van handelingen in strijd met de stedenbouwkundige voorschriften aangaande de voor het gebied toegelaten bestemmingen;
- 3° aan de overtreder werden na het vonnis of het arrest geen nieuwe strafrechtelijke of bestuurlijke sancties of verplichtingen tot schadevergoeding opgelegd uit hoofde van een in artikel 146 vermeld misdrijf.

Er kan maar tot betekening worden overgaan nadat de Hoge Raad voor het Herstelbeleid een positief advies heeft uitgebracht.

XI.7. Artikel 137, §1, vierde lid DRO

1. De huidige regeling

140. Hogerop heeft de Hoge Raad voor het Herstelbeleid reeds gesuggereerd dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid ook mee betrokken zou worden in het executiecontentieux in de mate dat de herstellvorderende overheid tot gedwongen tenuitvoerlegging wenst over te gaan van een “*afzonderlijke akte*” in de zin van het huidige artikel 137, §1, vierde lid DRO.¹⁴³

Thans bestaat er een administratieve praktijk van de herstellvorderende overheid, i.h.b. de stedenbouwkundige inspecteur om ten aanzien van de nieuwe eigenaar te eisen dat deze op onvoorwaardelijke wijze de verbintenis aangaat om de opgelegde herstelmaatregel uit te voeren, onverminderd de verplichting van de oorspronkelijke eigenaar.

De voornoemde verbintenis dient ook te worden aangegaan bij de vestiging van een nieuwe titel, nl. de afzonderlijke akte in de zin van artikel 137, §1, vierde lid DRO, indien de zgn. *actio judicati* met betrekking, tot de door de rechter middels een in een kracht van gewijsde beslissing, bevolen herstelmaatregel verjaard is. Zodoende verschafft de stedenbouwkundige inspecteur zich een nieuwe titel.

141. Het valt te betwijfelen of dit echt de bedoeling van de decreetgever is geweest.

Indien dit niet het geval is geweest, dan stelt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voor dat de verbintenis slechts wordt aangegaan voor zover de tenuitvoerlegging van de herstelmaatregel niet verjaard is.

¹⁴³ *Supra*, nr. 87.

2. Tekstvoorstel

142. Om aan deze opmerkingen tegemoet te komen kan artikel 137, §1, vierde lid DRO worden aangepast als volgt:

Indien op het onroerend goed, ten gevolge van een definitieve rechterlijke beslissing, een verplichting rust om herstelmaatregelen uit te voeren, dan wordt dit in een afzonderlijke akte vermeld. In deze akte wordt tevens vermeld dat de nieuwe eigenaar, voor zover de tenuitvoerlegging van de door de rechter bevolen herstelmaatregel niet verjaard is, om de opgelegde herstelmaatregel uit te voeren, onverminderd de verplichting van de oorspronkelijke eigenaar. De instrumenterende ambtenaar stuurt een afschrift van die akte aan de stedenbouwkundige inspecteur.

XI.8. Het instandhoudingsmisdrijf

143. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt op dat het instandhouden in ruimtelijk kwetsbaar gebied een stedenbouwkundig misdrijf blijft.

Artikel 146, derde lid DRO dient, met betrekking tot inbreuken die niet gesitueerd zijn, in de ruimtelijk kwetsbare gebieden naar luid van het nieuwe artikel 184 DRO weliswaar als een bestanddeelsluiting te worden geïnterpreteerd, doch deze interpretatieve bepaling heeft geen gevolgen met betrekking tot de inbreuken in de ruimtelijk kwetsbare gebieden.

144. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid geeft aan de decreetgever ter overweging mee dat het niet zonder meer evident is dat thans nog strafbaar in stand kan worden gehouden enkel omdat het goed achteraf in een ruimtelijk kwetsbaar gebied is komen te liggen.

Als rekening gehouden wordt met de ontwerp-gewestplannen, die ook al bindende en verordenende kracht hadden, dan komt dit nog minder evident over.

145. Zo de decreetgever deze overweging in aanmerking zou nemen, kan artikel 146, derde lid DRO worden gewijzigd als volgt:

De strafsanctie voor het instandhouden van inbreuken, bedoeld in het eerste lid, 1°, 2°, 3°, 6° en 7°, geldt niet voorzover de handelingen, werken of wijzigingen of het strijdige gebruik niet gelegen zijn in de ruimtelijk kwetsbare gebieden en voorzover het perceel waarop de inbreuk in stand wordt gehouden op het ogenblik dat het aflopend misdrijf werd gepleegd een bestemming als ruimtelijk kwetsbaar gebied had.

XI.9. De openbaarheid van de “zitting”

1. De huidige regeling

146. Naar luid van het nieuwe artikel 148*quinquies*.3. DRO zijn de zittingen van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid openbaar.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid merkt echter op dat de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid, als gewestelijk adviesorgaan, in het voorontwerp van decreet zelf gekwalificeerd wordt als een orgaan van actief bestuur¹⁴⁴, en derhalve geen rechtscollege noch een administratieve beroepsinstantie is.¹⁴⁵

Er zijn geen hogere wettelijke of andere normen, noch is er een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur dat zou verplichten dat de vergaderingen van een orgaan van actief bestuur openbaar moeten zijn.

147. De relevantie van een dergelijke openbaarheid kan niet onmiddellijk worden achterhaald. In de Memorie van Toelichting wordt ter zake geen verduidelijking verschaft.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wijst erop dat in de bestaande vergunningprocedure bij de behandeling van het administratief beroep voor de bestendige deputatie van de provincieraad de zitting evenmin openbaar is, en dit betreft dan nog eens een administratieve beroepsinstantie en geen adviserende instantie.

148. De Hoge Raad voor het Herstelbeleid wijst erop dat er tevens juridische bezwaren tegen de openbaarheid van de zitting kunnen worden ingebracht.

De herstellvordering kan immers voor de strafrechter worden ingeleid. Indien samen met het opportuniteitsonderzoek van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid een opsporingsonderzoek wordt gevoerd, dan geldt het geheime karakter van het strafrechtelijk vooronderzoek ten aanzien van de opsporingsonderzoek.

Hangende het opsporingsonderzoek wordt op last van het parket immers een strafdossier aangelegd. In dit dossier zitten o.a. de processen-verbaal die reeds zijn opgemaakt.

In principe kunnen derden slechts inzage krijgen van stukken van het strafdossier nadat zij hiertoe een uitdrukkelijk verzoek hebben gericht aan de procureur-generaal van het parket bij het hof van beroep van het kwestieuze ressort en nadat een dergelijk verzoek wordt ingewilligd.

Wanneer tijdens de “zitting” van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid stukken, zoals b.v. processen-verbaal, die deel uitmaken van het strafdossier in de openbaarheid worden gebracht, dan wordt het geheime karakter van het strafrechtelijk vooronderzoek onmiskenbaar geschonden.

Het is voor derden tevens mogelijk om kennis te nemen van (de inhoud) van stukken van het strafdossier, zonder dat zij daartoe de toelating verkregen van de procureur-generaal.

Het Vlaamse Gewest zou door de schending van het geheime karakter van het strafrechtelijk vooronderzoek, zelfs haar overheidsaansprakelijkheid in het gedrang kunnen brengen.

¹⁴⁴ Nieuw artikel 148*bis*, §2 DRO.

¹⁴⁵ Er kan dan ook niet echt van “zitting” worden gesproken, doch eerder van een “vergadering”.

149. Bovendien valt niet in te zien wat de meerwaarde is van het openbaar maken van de vergaderingen van de Hoge Raad voor het Handhavingsbeleid.

Aangezien in de door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid voorgestelde procedure inzake het horen van belanghebbenden¹⁴⁶, al dan niet op verzoek van de belanghebbende zelf, deze reeds schriftelijk zijn argumenten naar voren kan brengen, en tevens de herstellvorderende overheid op schriftelijke wijze haar standpunt bijkomend kan toelichten, en aangezien de Hoge Raad voor het Herstelbeleid van oordeel is dat het tegensprekelijk debat voor de rechter moet gehouden worden en niet voor een orgaan van actief bestuur, zou de eventuele openbaarheid van de vergadering niet inhouden dat er “gepleit” kan worden, noch dat er een “mini gerechtelijk debat” wordt gehouden.

De aanwezigheid van toehoorders, waaronder de belanghebbenden en de herstellvorderende overheid, zou zich beperken tot een louter fysieke aanwezigheid.

2. Tekstvoorstel

150. Om deze redenen stelt de Hoge Raad voor het Herstelbeleid het volgende voor:

Artikel 148^{quinquies}.3. DRO dient te worden geschrapt.

151. Indien de decreetgever toch van oordeel zou zijn dat een openbare “zitting” dient te worden gehouden, dan komt de politie van de zitting vanzelfsprekend enkel toe aan de voorzitter en niet aan de leden¹⁴⁷.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt voor dat dan het nieuwe artikel 148^{quinquies}.3. DRO wordt vervangen als volgt:

Artikel 148^{quinquies}.3.

De zittingen van de Hoge Raad zijn openbaar, tenzij de openbaarheid naar oordeel van de voorzitter gevaar oplevert voor de openbare orde of de goede zeden of het belang van een normaal procedureverloop ernstig zou schaden.

¹⁴⁶ *Supra*, nr. 45 e.v.

¹⁴⁷ *Cf.* de zitting voor de hoven en de rechtbanken.

XI.10. Het vergunningenregister

1. Tekstvoorstel

152. Hieronder wordt door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid een tekstvoorstel gedaan omtrent de in het vergunningenregister op te nemen gegevens.

De Hoge Raad voor het Herstelbeleid stelt voor dat artikel 134*bis*, §1, tweede lid DRO wordt aangepast als volgt:

Artikel 134*bis*. §1.

Het vergunningenregister omvat ten minste volgende gegevens, geordend per kadastraal perceel:

- 1° het kadastraal nummer, het huisnummer en de straatnaam;
- 2° de afgegeven stedenbouwkundige attesten;
- 3° elke aanvraag voor een stedenbouwkundige vergunning en de identiteit van de aanvrager;
- 4° elke aanvraag voor een verkavelingsvergunning en de identiteit van de aanvrager;
- 5° elke administratieve beslissing en rechterlijke uitspraak met betrekking tot die vergunningen, en de identiteit van de personen die beroep aantekenen;
- 6° elke melding en de identiteit van de persoon die de melding verricht;
- 7° **de afgeleverde as built-attesten en de validatiebeslissingen;**
- 8° het verval van een stedenbouwkundige vergunning of verkavelingsvergunning;
- 9° de vermelding van elk proces-verbaal dat opgemaakt wordt met betrekking tot inbreuken op dit decreet, het verdere gevolg dat aan deze processen-verbaal gegeven wordt, iedere gerechtelijke uitspraak ter zake en de uitvoering van de herstelmaatregelen;
- 10° de vermelding van elk rechtsmiddel dat tegen de in 9° vermelde gerechtelijke uitspraken aangewend wordt, de daaropvolgende uitspraken en het gevolg dat daaraan gegeven wordt;
- 11° het verschuldigd zijn van een planbatenheffing en bewijs van betaling van de planbatenheffing;
- 12° **de in artikel 145*ter*, §4 vermelde declaratieve akte.**

XI.11. Tekstuele opmerkingen

153. Ten slotte wenst de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, zonder hierin exhaustief te willen zijn, een aantal tekstuele opmerkingen te doen gelden:

- alhoewel de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in onderhavig advies zoveel als mogelijk de terminologie van de decreetgever heeft gevolgd, kan worden opgemerkt dat de term “*positief meerderheidsadvies*”, gelet op het feit dat er bij meerderheid wordt gestemd¹⁴⁸, als een tautologie overkomt en de term “*positief advies*” volstaat;
- in het nieuwe artikel 148^{ter}.13 DRO aangaande de bemiddelingsopdrachten wordt er verwezen naar artikel 159. Deze verwijzing is foutief. Waarschijnlijk moet er artikel “158^{ter}” staan;
- in het nieuwe artikel 148^{quater}.5. DRO dient “telkens” te worden geschrapt.

Gegeven te Brussel, bij consensus, op 15 mei 2008, door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid, samengesteld uit G. Debersaques, voorzitter, Ch. Bamps, R. Mortier, B. Seutin, leden-magistraten, M. Boes, S. Lust en F. Van Acker, leden-deskundigen, bijgestaan door W. Vanheel, vast secretaris.

Wim Vanheel
Vast secretaris

Geert Debersaques
Voorzitter

¹⁴⁸ Althans in het voorontwerp van decreet en daargelaten de opmerkingen van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid.