

De regularisatievergunning ontnemt de stedenbouwkundige inspecteur of het college van burgemeester en schepenen niet de bevoegdheid om het herstel te vorderen

1. Het is een open deur intrappen te zeggen dat doorgaans de werkelijke inzet van een strafproces naar aanleiding van een stedenbouwinbreuk de herstellvordering is van het ter zake bevoegde bestuur. De abundantie rechtspraak van het Hof van Cassatie is daarvan een duidelijk teken. Het arrest van 13 september 2005 van het hoogste rechtscollege vormt een gelegenheid om de cassatierechtspraak te overlopen en de bakens die daarbij werden uitgezet even in de schijnwerper te zetten.¹

1. De herstellvordering: doel

1. De herstellvordering strekt tot de *handhaving van de regels inzake stedenbouw*. Die handhaving bestaat in de afdwining van de stedenbouwregels in de gevallen waarin die regels worden overtreden. In dit opzicht is de grondslag van de herstellvordering *niet* zozeer een bepaald misdrijf, maar *wel* de stedenbouwkundige verplichting die moet worden

nageleefd en waarvan de niet-naleving ook strafrechtelijk wordt gesanctioneerd.²

1. De herstellvordering van het bevoegde bestuur strekt ertoe om de *gevolgen van het stedenbouwmisdrijf te doen verdwijnen of ophouden*. De rechter die zich moet uitspreken over de herstellvordering moet dus allereerst nagaan of die gevolgen er nog zijn.³ De gevolgen van het stedenbouwmisdrijf *houden op te bestaan* hetzij door het (vrijwillig) uitgevoerde herstel⁴, hetzij door de regularisatie.⁵

1. De herstellvordering zelf, die door het bevoegde bestuur regelmatig aan de rechterlijke overheid is bekendgemaakt, *blijft bestaan* gedurende gans het verloop van de rechtspleging, *tenzij* het bestuur eraan zou *verzaken*⁶ of de door hem gekozen vorm van herstel zou *wijzigen*.⁷

De vaststelling door de rechter dat de *afstand* van een herstellvordering *onwettig* is, brengt niet noodzakelijk mee

¹ Zie Gent 13 september 2002, *T.M.R.* 2003, 400 waartegen het cassatieberoep mede was ingesteld.

² Cass. 15 november 2005, *Pas.* 2005, 2250, *T.B.P.* 2007, 438.

³ Cass. 22 mei 2007, *T.R.O.S.* 2007, 372; Cass. 3 april 2007, *T.M.R.* 2008, 194, noot, *T.R.O.S.* 2007, 372, noot D. LINDEMANS; Cass. 6 februari 2007, *N.C.* 2007, 427, *T.R.O.S.* 2007, 202, noot D. LINDEMANS, *T. Strafr.* 2007, 314, noot; Cass. 2 mei 2006, *Pas.* 2006, 997, *RABG* 2006, 1125, noot I. VAN GIEL, *T.B.P.* 2007, 436, *T.G.R.-T.W.V.R.* 2006, 299, *T.M.R.* 2006, 330, *T.R.O.S.* 2006, 274, *T.R.O.S.* 2007, 54, noot E. RENTMEESTERS, *T. Gem.* 2007, 75, noot D. VAN HEUVEN en J. BELEYN; Cass. 13 december 2005, *R.W.* 2006-07, 1000, noot A. CARETTE, *T.M.R.* 2006, 488; Cass. 13 december 2005, *N.C.* 2006, 310, concl. proc.-gen. M. DE SWAEF, *Pas.* 2005, 2508, *RABG* 2006, 1124, noot I. VAN GIEL, *T.B.P.* 2007, 439, *T.M.R.* 2006, 81, *T.R.O.S.* 2007, 330, concl. proc.-gen. M. DE SWAEF, noot D. DE WOLF, *T. Strafr.* 2006, 86, noot H. VAN BAVEL; Cass. 22 februari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 429, *Pas.* 2005, 428, *T.B.P.* 2007, 442, *T.M.R.* 2005, 317 (de herstellvordering “*strekt tot het doen verdwijnen van de onrechtmatige toestand die met betrekking tot het onroerend goed door uitgevoerde werken of de gegeven bestemming is ontstaan*”); Cass. 22 februari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 431, concl. proc.-gen. M. DE SWAEF, *Pas.* 2005, 430, *C.D.P.K.* 2005, 384, concl. proc.-gen. M. DE SWAEF; Cass. 27 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 130, *Pas.* 2004, 168, *T.M.R.* 2004, 464; Cass. 7 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1826, *Pas.* 2003, 1560, *T.B.P.* 2004, 309, *T.R.O.S.* 2004, 61, *T.R.O.S.* 2004, 206; Cass. 5 juni 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1081, *Pas.* 2001, I, 1043, *T.M.R.* 2001, 298, noot P. VANSANT (de herstellvordering strekt ertoe “*in het algemeen belang de handhaving van de stedenbouwkundige regelgeving te verzekeren door een einde te doen stellen aan de delictuele toestand die door het bouwmisdrijf is ontstaan*”); Cass. 4 april 2000, *Arr. Cass.* 2000, 700, *R.W.* 2000-01, 1165, noot (“*dat de rechter verplicht is het herstel te bevelen, zodra dit noodzakelijk is om de gevolgen van de overtreding te doen verdwijnen*”); Cass. 8 september 1998, *Arr. Cass.* 1998, 867 (“*dat het herstel van de plaats geen straf is, maar een bijzondere vorm van vergoeding of teruggave ertoe strekkende een einde te maken aan de met de wet strijdige toestand die uit het misdrijf is ontstaan en waardoor het openbaar belang wordt geschaad*”); Cass. 3 december 1996, *Arr. Cass.* 1996, 1149, *Pas.* 1996, I, 1221 (de herstellvordering strekt ertoe “*in het algemeen belang de handhaving van de stedenbouwkundige regelgeving te verzekeren door een einde te doen stellen aan de delictuele toestand die door het bouwmisdrijf is tot stand gekomen*”); Cass. 16 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 483, *Pas.* 1995, I, 507; Cass. 16 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 481, *Pas.* 1995, I, 505; Cass. 25 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 602, *Pas.* 1992, I, 566, *R.W.* 1991-92, 1463, noot D. D’HOOGHE (“*in dit geval een onrechtmatige verrijking*”); Cass. 11 februari 1992, *Arr. Cass.* 1991-92, 538, *Pas.* 1992, I, 513 (“*in dit geval een onwettige verrijking*”); Cass. 27 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 279, *Pas.* 1992, I, 237; Cass. 19 september 1989, *Pas.* 1990, I, 73 (“*la remise en état... constitue... un mode de réparation ou de restitution destiné à mettre fin à une situation contraire à la loi, résultant de l’infraction et nuisant à l’intérêt général*”); Cass. 28 november 1984, *Arr. Cass.* 1984-85, 442, *Pas.* 1985, I, 395, *Rev. dr. pén.* 1985, 276; Cass. 8 september 1982, *Arr. Cass.* 1982-83, 37, *Pas.* 1983, I, 33; Cass. 19 september 1978, *Arr. Cass.* 1978, 67, *Pas.* 1978, I, 81; Cass. 13 december 1977, *Arr. Cass.* 1978, 443 (“*in dit geval een onwettige verrijking*”); Cass. 15 juni 1976, *Arr. Cass.* 1976, 1147, *Pas.* 1976, I, 1113; Cass. 16 maart 1971, *R.W.* 1971-72, 1056; Cass. 8 december 1970, *Arr. Cass.* 1971, 348; Cass. 13 april 1970, *Arr. Cass.* 1970, 737, *Pas.* 1970, I, 689; Cass. 11 december 1967, *Arr. Cass.* 1968, 522; Cass. 31 januari 1966, *Pas.* 1966, I, 697, *R.W.* 1966-67, 737.

⁴ Cass. 15 november 2005, *Pas.* 2005, 2250, *T.B.P.* 2007, 438: “*het tenietdoen van de materiële gevolgen van het misdrijf (...) verhindert dat een met de wet strijdige toestand blijft bestaan en de overtreder het voordeel van de door hem begane overtreding behoudt*”.

⁵ Cass. 28 maart 2006, *Amén.* 2006, 213, *N.C.* 2006, 323, *Pas.* 2006, 695, *T.B.P.* 2007, 442, *T.M.R.* 2006, 328, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2006, 272; Cass. 11 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2141, *Pas.* 2001, 2071, *T.M.R.* 2001, 244, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2002, 130, noot; Cass. 27 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 485, *Pas.* 2001, I, 478, *A.J.T.* 2001-02, 398, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 30, 4, *R.W.* 2002-03, 377, *T.M.R.* 2001, 315; Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 977, *Pas.* 1995, I, 1009, *T.M.R.* 1997, 109, noot.

⁶ De herstellmaatregelen kunnen niet het voorwerp uitmaken van een minnelijke regeling door de bestuurlijke overheid omdat het bevelen ervan tot de bevoegdheid van de strafrechter behoort (Cass. 4 november 1997, *Arr. Cass.* 1997, 1070, *Pas.* 1997, I, 1120, *J.L.M.B.* 1998, 1368); het bestuur kan slechts schikkingen treffen met de overtreder in de gevallen voorzien door de wet (Cass. 28 april 1998, *Arr. Cass.* 1998, 476).

⁷ Cass. 22 februari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 431, concl. proc.-gen. M. DE SWAEF, *Pas.* 2005, 430, *C.D.P.K.* 2005, 384, concl. proc.-gen. M. DE SWAEF; Cass. 7 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1826, *Pas.* 2003, 1560, *T.B.P.* 2004, 309, *T.R.O.S.* 2004, 61, *T.R.O.S.* 2004, 206; Cass. 8 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 906, *J.T.* 2004, 873, *Pas.* 2003, 757, *T.B.P.* 2004, 309, *T.R.O.S.* 2003, 290; Cass. 16 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1444; Cass. 29 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 971, *Pas.* 1996, I, 1037; Cass. 22 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 953, *Pas.* 1996, I, 1018; Cass. 7 mei 1996, *Arr. Cass.* 1996, 415, *Pas.* 1996, I, 439; Cass. 16 mei 1995, *Arr. Cass.* 1995, 483, *Pas.* 1995, I, 507; Cass. 14 november 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 352, *Pas.* 1990, I, 315.

dat de begane onwettigheid alleen kan worden hersteld door het behoud van de oorspronkelijke herstellvordering. De buitentoepassingverklaring van de afstand brengt immers niet mee dat de beslissing van het bestuur om niet het herstel van de plaats in de vorige staat te vorderen, noodzakelijk onbestaand zou zijn. Bijgevolg komt het ook na buitentoepassingverklaring van de afstand alleen het bestuur toe, krachtens haar beoordelingsvrijheid en binnen de grenzen van de wettigheid, te beslissen over de herstellvordering. Hieruit volgt, aldus het hoogste rechtscollege, dat wanneer de rechter de beslissing van de stedenbouwkundige inspecteur af te zien van de oorspronkelijk ingestelde herstellvordering, buiten toepassing laat, dit niet voor gevolg heeft dat die oorspronkelijke herstellvordering nog bij hem aanhangig is.¹

2. Bevoegdheid van de strafrechter...

1. Krachtens artikel 159 van de Grondwet² behoort het tot de bevoegdheid van de rechter om de herstellvordering op haar externe en interne wettigheid te toetsen en te onderzoeken of ze strookt met de wet dan wel of ze op machtsverschrijding of machtsafwending berust. De rechter moet meer bepaald nagaan of de beslissing van het bevoegde bestuur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Indien zou blijken dat de herstellvordering steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van de goede ruimtelijke die kennelijk onredelijk is³, moet de rechter deze herstellvordering van het bevoegde

bestuur zonder gevolg laten. Het behoort hem evenwel niet de opportuniteit van de gevorderde maatregel te beoordelen.⁴ Het Grondwettelijk Hof heeft zich bij die rechtspraak aangesloten.⁵

1. Bij het bepalen van de werken die door het stedenbouwmisdrijf noodzakelijk zijn om de plaats in de vorige toestand te herstellen, moet enkel rekening worden gehouden met de *onwettigheid van een gewestplan* wanneer het door de stedenbouwkundig inspecteur gevorderde herstel mede door deze onwettigheid is bepaald. Het oorzakelijk verband tussen deze onwettigheid van het gewestplan en het gevorderde herstel blijkt evenwel niet uit de enkele vaststelling dat de gevorderde maatregel in overeenstemming is met het gewestplan waarvan de onwettigheid wordt aangevoerd. Er bestaat geen oorzakelijk verband en er is bijgevolg geen grond om de aangevoerde onwettigheid van het gewestplan te onderzoeken, wanneer blijkt dat ook zonder deze onwettigheid dezelfde herstelmaatregel noodzakelijk is om de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf te doen ophouden.⁶

1. Zolang niet vrijwillig is hersteld of de regularisatie niet is geschied, kan het bevoegde bestuur het herstel vorderen en moet de rechter het gevorderde herstel, zo wettig, bevelen.⁷ Om een rechterlijk bevel tot herstel alsnog te voorkomen poogt de bouwvoortreder die niet bereid is om vrijwillig te herstellen, doorgaans een regularisatie te verkrijgen. In voorkomend geval kan de (straf)rechter die zich moet uitspreken over de herstellvordering van het bevoegde bestuur, verschillende situaties ontmoeten. Het Hof van Cassatie heeft in elk van die situaties telkens klaarheid gebracht.

¹ Cass. 8 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 906, *J.T.* 2004, 873, *Pas.* 2003, 757, *T.B.P.* 2004, 309, *T.R.O.S.* 2003, 290; Cass. 8 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 915, *Juristenkrant* 2003, afl. 71, 5, *NjW* 2003, 778, *Pas.* 2003, 761, *R.W.* 2004-05, 944, *T.R.O.S.* 2003, 395, noot.

² Het door art. 159 Grondwet aan de rechter opgedragen wettigheidstoezicht over de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen vormt een bijzondere toepassing van het meer algemeen rechtsbeginsel volgens hetwelk de rechter geen toepassing mag maken van een beslissing, met name een norm, waarbij een hogere bepaling wordt geschonden; krachtens dit algemeen rechtsbeginsel, mag de rechter geen toepassing maken van algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen waarbij een algemeen rechtsbeginsel, waaronder het algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur wordt miskend (Cass. 8 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 915, *Juristenkrant* 2003, afl. 71, 5, *NjW* 2003, 778, *Pas.* 2003, 761, *R.W.* 2004-05, 944, *T.R.O.S.* 2003, 395, noot); zie tevens Cass. 13 september 2005, P.05.0369.N, elders in dit nummer opgenomen.

³ Hij moet met name de aard van de overtreding, de omvang van de inbreuk op de goede ruimtelijke ordening en het voordeel dat voor die ruimtelijke ordening voortvloeit uit het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand, afwegen ten opzichte van de last die dit met zich meebrengt voor de vervolgde bouwvoortreder (Cass. 18 maart 2008, P.07.1509.N; Cass. 3 november 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1739, *Amén.* 2005, 168, *Pas.* 2004, 1712); voor toepassingsgevallen, zie: Cass. 26 april 2005, *Pas.* 2005, 937, *T.B.P.* 2007, 439 en 440; Cass. 25 januari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 205, *Pas.* 2005, 204, *T.B.P.* 2007, 440; Cass. 13 mei 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1150, *Pas.* 2003, 970, *R.W.* 2003-04, 1219, noot G. DEBERSAQUES, *T.M.R.* 2003, 617, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2003, 396, noot.

⁴ Cass. 3 juni 2005, *Pas.* 2005, 1189, *T.B.P.* 2007, 438 en 440, *T.M.R.* 2006, 74 (“dat de rechter verplicht is de gevorderde herstelmaatregel in te willigen indien deze met de wet strookt”); Cass. 12 oktober 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1572, *Pas.* 2004, 1552; Cass. 15 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1054, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *Pas.* 2004, 1035, *C.D.P.K.* 2004, 573, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *R.W.* 2004-05, 1613, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *T.B.P.* 2005, 190, *T.M.R.* 2004, 438, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *T.R.O.S.* 2004, 305, noot, *T.R.O.S.* 2004, 234, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF; Cass. 15 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 1078, *Pas.* 2004, 1038, *T.M.R.* 2004, 551, *T.R.O.S.* 2004, 186; Cass. 4 december 1990, *Arr. Cass.* 1990-91, 368, *Pas.* 1991, I, 330, *R.W.* 1991-92, 119, noot D. DHOOGHE, *T. Aann.* 1994, 93.

⁵ Arbitragehof nr. 4/2003, 14 januari 2003, *A.P.M.* 2003, 19, *Amén.* 2003, 188, *B.S.* 26 februari 2003, 9499; Arbitragehof nr. 152/2002, 15 oktober 2002, *A.P.M.* 2002, 194, *B.S.* 13 november 2002, 51041, *NjW* 2003, 489, noot S.L.; Arbitragehof nr. 57/2002, *B.S.* 1 juni 2002, 23343, *Juristenkrant* 2002, afl. 47, 6, *R.W.* 2002-03, 1171, noot P. BOLS, *T.B.P.* 2003, 333, *T.M.R.* 2002, 233, *T.R.O.S.* 2002, 139; zie tevens Arbitragehof nr. 74/2006, 10 mei 2006, *A.P.M.* 2006, afl. 6, 103, *R.W.* 2006-07, 1120, *T.R.O.S.* 2007, 78 en Arbitragehof nr. 49/2007, 21 maart 2007, *Amén.* 2007, 131, *B.S.* 5 april 2007, 19276: “de gewone rechter ermee belasten zijn beoordeling in de plaats te stellen van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de administratie zou overigens erop neerkomen hem een bevoegdheid toe te kennen die onverenigbaar is met de beginselen die de verhoudingen regelen tussen de administratie en de rechtscolleges”.

⁶ Cass. 27 januari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 130, *Pas.* 2004, 168, *T.M.R.* 2004, 464.

⁷ Cass. 27 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 485, *Pas.* 2001, I, 478, *A.J.T.* 2001-02, 398, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 30, 4, *R.W.* 2002-03, 377, *T.M.R.* 2001, 315; Cass. 13 september 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 510, *Pas.* 1990, I, 456; Cass. 19 september 1978, *Arr. Cass.* 1978, 67, *Pas.* 1978, I, 81.

3.... in het geval van een hangende regularisatieaanvraag

1. In een eerste situatie is een regularisatieaanvraag ingediend door de vervolgte bouwvoertreder en heeft de vergunningverlenende overheid, al dan niet in graad van administratief beroep, nog geen beslissing genomen. De wet bepaalt in dat geval niet dat het strafgeding moet worden opgeschort.¹ Wanneer de rechter dan vaststelt dat hij over voldoende gegevens beschikt om over het gevraagde herstel te oordelen en er geen redenen zijn om het resultaat af te wachten van de door de bouwvoertreder ingestelde regularisatieprocedure, dan is zijn beslissing regelmatig met redenen omkleed en naar recht verantwoord. De rechter heeft geen bevoegdheid om over de gedane regularisatievraag te oordelen. Immers de scheiding der machten houdt in dat de ene macht zich niet mengt in de bevoegdheden van de andere macht.² De omstandigheid dat door het eventueel verkrijgen van een regularisatievergunning in de toekomst geen inbreuk meer zou bestaan noch een strijdigheid van belangen, neemt niet weg dat het misdrijf bestaat en de rechter vermag de straf te bepalen zonder rekening te houden met een nog niet verkregen regularisatievergunning.³ Het bevelen van het herstel zonder de afloop van de regularisatieprocedure af te wachten miskent het recht van verdediging noch het recht op een eerlijk proces van de vervolgte bouwvoertreder.⁴

4.... in het geval van een bestreden regularisatieweigering

1. In een tweede situatie heeft de vergunningverlenende overheid (in beroep) de regularisatie geweigerd en heeft de vervolgte bouwvoertreder tegen deze weigering een annulatieberoep ingediend bij de Raad van State. Deze omstandigheid vormt evenmin een wettelijk beletsel voor het instellen of het uitoefenen van de strafvordering en schorst de verja-

ring van de strafvordering niet.⁵ In voorkomend geval moet de rechter de onwettigheid van de weigeringsbeslissing om een regularisatievergunning te verlenen niet nagaan omdat de eventuele onwettigheid van een regularisatieweigering niet tot gevolg heeft dat de uitgevoerde werken als vergund worden aangezien.⁶ De relevantie van de, krachtens artikel 159 van de Grondwet, opgeworpen wettigheidsexceptie wordt immers bepaald door de vraag of de tegen de vervolgte bouwvoertreder gerichte strafvordering op een administratieve beslissing berust waarvan de wettigheid moet worden nagegaan.⁷ Dat is niet het geval wanneer de strafvervolgning niet stoelt op de weigering van de overheid om een vergunning af te leveren maar op de overtreding van het verbod zelf. Er kan geen tegenstrijdigheid ontstaan tussen het arrest van de Raad van State dat de nietigheid van de weigeringsbeslissing uitspreekt, en de uitspraak van de strafrechter voor wie, in de context van de te beoordelen telastlegging, de opgeworpen onwettigheid van deze weigering voor de beslissing over de strafvordering en het hieraan gekoppelde herstel irrelevant is. Een algemeen rechtsbeginsel van de "eenheid der rechtsorde" bestaat dus niet.⁸

5.... in het geval van een regularisatievergunning

1. In een derde situatie heeft de vervolgte bouwvoertreder een regularisatievergunning verkregen vooraleer de strafrechter zich heeft uitgesproken. Zo'n omstandigheid staat evenwel aan het bewezen verklaren van een stedenbouwmisdrijf niet in de weg⁹ en sluit een strafrechtelijke veroordeling om zonder voorafgaande vergunning¹⁰ werken te hebben uitgevoerd of in stand gehouden, niet uit.¹¹

1. Maar wat betreft de herstellvordering moet de rechter rekening houden met een ondertussen verleende vergunning¹² voor de werken waarop het stedenbouwmisdrijf betrekking

¹ Cass. 27 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 485, *Pas.* 2001, I, 478, *A.J.T.* 2001-02, 398, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 30, 4, *R.W.* 2002-03, 377, *T.M.R.* 2001, 315, *T.R.O.S.* 2001, 158, noot D. LINDEMANS; zie ook: Cass. 13 november 2007, P.07.0798.N: "geen enkele wettelijke bepaling schrijft voor dat het stedenbouwmisdrijf waarvoor de eisers vervolgd worden, niet kan worden gestraft zolang niet is beslist over een regularisatieaanvraag"; Cass. 19 september 1978, *Arr. Cass.* 1978, 67, *Pas.* 1978, I, 81.

² Cass. 4 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 535, *Pas.* 1996, I, 571.

³ Cass. 13 november 2007, P.07.0798.N.

⁴ Cass. 11 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2141, *Pas.* 2001, 2071, *T.M.R.* 2001, 244, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2002, 130, noot.

⁵ Cass. 11 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2141, *Pas.* 2001, 2071, *T.M.R.* 2001, 244, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2002, 130, noot; Cass. 27 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 485, *Pas.* 2001, I, 478, *A.J.T.* 2001-02, 398, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 30, 4, *R.W.* 2002-03, 377, *T.M.R.* 2001, 315; Cass. 4 oktober 1994, *A.J.T.* 1994-95, 606, noot D. D'HOOGHE en J. BOUCKAERT, *R.W.* 1997-98, 675.

⁶ Cass. 27 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 485, *Pas.* 2001, I, 478, *A.J.T.* 2001-02, 398, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 30, 4, *R.W.* 2002-03, 377, *T.M.R.* 2001, 315, *T.R.O.S.* 2001, 158, noot D. LINDEMANS; Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 977, *Pas.* 1995, I, 1009, *J.T.* 1996, 618, *T.M.R.* 1997, 109, noot, *T.R.O.S.* 1996, 55; zie ook Cass. 13 november 2007, P.07.0798.N.; Cass. 12 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 538, *R.W.* 1998-99, 674.

⁷ Bv. wanneer de telastlegging steunt op de niet-naleving van een voorwaarde van de verleende vergunning, dan moet de rechter de wettigheid van deze voorwaarde als onderdeel van de overheidsbeslissing waarop de telastlegging stoelt, wel onderzoeken en, in voorkomend geval, met toepassing van artikel 159 Grondwet niet-bindend verklaren (Cass. 9 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1403, *Juristenkrant* 2000, afl. 1, 7, *R.W.* 2000-01, 728, *T.M.R.* 2000, 44).

⁸ Cass. 11 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2141, *Pas.* 2001, 2071, *T.M.R.* 2001, 244, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2002, 130, noot.

⁹ Cass. 4 juni 1996, *Arr. Cass.* 1996, 535, *Pas.* 1996, I, 571.

¹⁰ Zie Cass. 12 mei 1998, *Arr. Cass.* 1998, 527, *R.W.* 1998-99, 881 waarin "de vergunning" wordt gedefinieerd "als beschikking van de overheid die iets toestaat wat tevoren niet geoorloofd was en waarbij de overheid bepaalde handelingen niet onmogelijk wil maken maar ze toch in het algemeen belang aan toezicht wil onderwerpen".

¹¹ Cass. 27 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 485, *Pas.* 2001, I, 478, *A.J.T.* 2001-02, 398, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 30, 4, *R.W.* 2002-03, 377, *T.M.R.* 2001, 315.

¹² Cass. 11 december 2001, *Arr. Cass.* 2001, 2141, *Pas.* 2001, 2071, *T.M.R.* 2001, 244, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2002, 130, noot; Cass. 27 maart 2001, *Arr. Cass.* 2001, 485, *Pas.* 2001, I, 478, *A.J.T.* 2001-02, 398, noot, *Juristenkrant* 2001, afl. 30, 4, *R.W.* 2002-03, 377, *T.M.R.* 2001, 315; Cass. 7 november 1995, *Arr. Cass.* 1995, 977, *Pas.* 1995, I, 1009, *T.M.R.* 1997, 109, noot; Cass. 27 mei 1986, *Arr. Cass.* 1985-86, 1300, *Pas.* 1986, I, 1168.

heeft.¹ Door de verleende bouwvergunning zijn in principe voor degene die ze verkrijgt, rechten ontstaan die de vergunningverlenende overheid niet mag aantasten. Die vergunningverlenende overheid mag nadien de bouwvergunning niet intrekken omdat ze bij vergissing en dus onregelmatig is verleend, wanneer die onregelmatigheid aan haarzelf te wijten is.²

1. Wat voorafgaat betekent echter niet dat door het enkele feit dat deze vergunning is afgeleverd, de onwettige toestand niet meer bestaat en de herstellvordering zonder voorwerp wordt.³ De rechtskracht van de regularisatie wordt immers bepaald door haar wettigheid, los van elke bestraffing. Meer bepaald brengt de eventuele niet verdere strafbaarstelling van de uitvoering of instandhouding van werken waarvan alleen de strafrechter de onwettigheid van de vergunning vaststelt, niet mee dat een door de strafrechter onwettig bevonden regularisatievergunning, bij afwezigheid van vernietiging of schorsing, de voordien uit een vastgesteld bouw-misdrijf ontstane onwettige toestand doet ophouden.⁴

De rechter kan in het geval van een regularisatievergunning, het herstel niet meer bevelen⁵, tenminste zolang die vergunning bestaat⁶, voor zover de regularisatie wettig werd bevonden⁷ en mits de regularisatie van de onwettige toestand conform de daartoe afgeleverde vergunning, in voorkomend geval door het verrichten van de daartoe nodige werken, is uitgevoerd.⁸ Ook wanneer tegen de regularisatievergunning een schorsend administratief beroep werd ingesteld, kan de rechter, zolang die vergunning blijft be-

staan, het herstel niet bevelen, zelfs niet voorwaardelijk⁹, voor zover uiteraard de regularisatie wettig wordt bevonden en mits een vergunningsconform uitgevoerde regularisatie. Aldus moet niet alleen de Raad van State maar ook de strafrechter de wettigheid van de regularisatievergunning onderzoeken.¹⁰

1. In het geval van een latere – stilzwijgende – bouwvergunning voor de litigieuze werken¹¹ moet de rechter nagaan of het bestaan daarvan in geen geval de gevolgen van het misdrijf kon doen verdwijnen dan wel of daarentegen, ondanks die vergunning, het herstel nodig bleef om andere redenen.¹²

1. In bepaalde rechtsleer wordt de thesis verdedigd dat de strafrechter “zo hij (ambtshalve) tot de onwettigheid van de regularisatievergunning beslist, noodzakelijkerwijs tot de vaststelling moet komen dat er voor hem geen herstellvordering (meer) hangende is en dat zijn rechtsmacht is uitgeput, zodat hij niet wettig zou kunnen beslissen de zaak uit te stellen om de stedenbouwkundige inspecteur in de gelegenheid te stellen een nieuwe vordering te nemen”. De auteurs gaan daarbij uit van de volgende redenering: het buiten toepassing verklaren wegens onwettigheid van de regularisatievergunning heeft niet tot gevolg dat zij onbestaande zou worden; zij behoudt voor de stedenbouwkundige inspecteur haar rechtskracht; in dat geval kan de stedenbouwkundige inspecteur enkel een nieuwe herstellvordering instellen voor de burgerlijke rechter nadat de onwettig bevonden regularisatievergunning werd ingetrokken of vernietigd.¹³

¹ Cass. 24 februari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 289, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *Pas.* 2004, 313, *T.B.P.* 2005, 185, noot, *T.M.R.* 2004, 419, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *T.R.O.S.* 2004, 207, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, noot G. DEBERSAQUES.

² Cass. 10 september 1981, *Arr. Cass.* 1981-82, 52; vergelijk Cass. 2 december 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2631, *Pas.* 2002, 2309, *C.D.P.K.* 2003, 332, noot P. POPELIER, *T.R.O.S.* 2003, 190: “dat de overheid die ambtshalve een handeling intrekt die aangetast is door een klaarblijkelijke onwettigheid (...), ook al zou die handeling ertoe kunnen strekken bepaalde rechten te verlenen, niet in strijd handelt met haar grondwettelijke en wettelijke opdracht”.

³ Cass. 28 maart 2006, *Amén.* 2006, 213, *N.C.* 2006, 323, *Pas.* 2006, 695, *T.B.P.* 2007, 442, *T.M.R.* 2006, 328, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2006, 272.

⁴ Cass. 15 september 2005, P.05.0369.N, elders in dit nummer opgenomen.

⁵ Cass. 8 juni 1970, *Arr. Cass.* 1969-70, 942; Cass. 7 december 1964, *Pas.* 1965, I, 346.

⁶ Cass. 23 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 101, *Pas.* 1988, I, 92, *J.L.M.B.* 1988, 20, *R.W.* 1987-88, 913, noot A. VANDEPLAS.

⁷ Cass. 24 februari 2004, *Arr. Cass.* 2004, 289, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *Pas.* 2004, 313, *T.B.P.* 2005, 185, noot, *T.M.R.* 2004, 419, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, *T.R.O.S.* 2004, 207, concl. adv.-gen. M. DE SWAEF, noot G. DEBERSAQUES; voor toepassingsgevallen wettigheidscontrole zie: Cass. 7 oktober 2003, *Arr. Cass.* 2003, 1826, *Pas.* 2003, 1560, *T.B.P.* 2004, 309, *T.R.O.S.* 2004, 61, *T.R.O.S.* 2004, 206; Cass. 8 april 2003, *Arr. Cass.* 2003, 915, *Juristenkrant* 2003, afl. 71, 5, *NjW* 2003, 778, *Pas.* 2003, 761, *R.W.* 2004-05, 944, *T.R.O.S.* 2003, 395, noot.

⁸ Cass. 28 maart 2006, *Amén.* 2006, 213, *N.C.* 2006, 323, *Pas.* 2006, 695, *T.B.P.* 2007, 442, *T.M.R.* 2006, 328, noot P. VANSANT, *T.R.O.S.* 2006, 272.

⁹ Cass. 23 september 1987, *Arr. Cass.* 1987-88, 101, *Pas.* 1988, I, 92, *J.L.M.B.* 1988, 20, *R.W.* 1987-88, 913, noot A. VANDEPLAS.

¹⁰ Cass. 13 september 2005, P.05.0369.N, elders in dit nummer opgenomen; zie Arbitragehof nr. 74/2006, 10 mei 2006, *A.P.M.* 2006, afl. 6, 103, *R.W.* 2006-07, 1120, *T.R.O.S.* 2007, 78 en Arbitragehof nr. 49/2007, 21 maart 2007, *Amén.* 2007, 131, *B.S.* 5 april 2007, 19276: de controle van de gewone rechter krachtens artikel 159 van de Grondwet is een met de wettigheidscontrole van de Raad van State vergelijkbare controle.

¹¹ Het Grondwettelijk Hof nam aan dat artikel 53 van het gecoördineerde decreet van 22 oktober 1996 betreffende de ruimtelijke ordening, dat artikel 55 van de wet van 29 maart 1962 houdende de organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, heeft overgenomen, niet voorzag in de toekenning van een stilzwijgende vergunning door de administratie, maar wel in de toelating, door het rechtstreekse effect van het decreet, om over te gaan tot de uitvoering van de werken (Arbitragehof nr. 74/2006, 10 mei 2006, *A.P.M.* 2006, afl. 6, 103, *R.W.* 2006-07, 1120, *T.R.O.S.* 2007, 78 en Arbitragehof nr. 49/2007, 21 maart 2007, *Amén.* 2007, 131, *B.S.* 5 april 2007, 19276).

¹² Cass. 27 november 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 279, *Pas.* 1992, I, 237.

¹³ A. en S. LUST, “De administratieve verankering van het milieumisdrijf”, in A. DE NAUW, P. FLAMEY en J. GHYSELS (eds.), *Milieustraf- en milieustrafprocesrecht. Actuele vraagstukken*, Brussel, Larcier, 2005, 534-535; A. en S. LUST, “Het grondrecht op een rechter met volle rechtsmacht en de stedenbouwkundige herstellvordering”, in *Strafrecht als roeping. Liber Amicorum Lieven Dupont*, Leuven, Universitaire Pers, 2005.

Het Hof van Cassatie heeft deze zienswijze verworpen. Het nam in zijn arrest van 13 september 2005 aan dat het weliswaar niet aan de stedenbouwkundige inspecteur toekomt om ambtshalve zonder tussenkomst van de rechter een onwettig verleende vergunning in te trekken, maar dat het instellen of voortzetten van de herstellvordering nadat de rechter een onwettigheid heeft vastgesteld in de regularisatie, ook geen intrekking van de onwettige regularisatievergunning is. Deze bevoegdheid van de stedenbouwkundige inspecteur vervalt zelfs niet wanneer geen annulatieberoep tegen de regularisatievergunning werd ingediend bij de Raad van State en de termijn daartoe inmiddels verstreken is. Het staat in dat geval aan de strafrechter het – vóór of na de buitentoepassingverklaring van de regularisatievergunning – gevorderde herstel te bevelen zelfs na daartoe vooraf het standpunt van de stedenbouwkundige inspecteur te hebben ingewonnen.¹

Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof waarin wordt aangenomen dat artikel 159 van de Grondwet de administratieve overheid niet belet de onwettigheid aan te voeren van een besluit dat zij zelf heeft genomen², kan, in het verlengde van deze cassatierechtspraak, logischerwijze worden afgeleid dat het herstellvorderende bestuur (de stedenbouwkundige inspecteur, het college van burgemeester en schepenen) voor de strafrechter de onwettigheid van de regularisatievergunning (verleend door het college van burgemeester en schepenen, de bestendige deputatie, de minister, de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar) kan aanvoeren en mede daarom volhardt in de herstellvordering.

1. De derde benadeelde kan aanspraak maken op vergoeding van de geleden schade door een stedenbouwmisdrijf³, zelfs indien de bouwvoortreder later een regelmatige vergunning heeft bekomen. De schadevergoeding zal dan evenwel slechts verschuldigd zijn voor de periode waarvoor de tenlastelegging bewezen is verklaard.⁴

6.... die vernietigd werd door de Raad van State

1. In een vierde situatie heeft de Raad van State de regularisatievergunning vernietigd vooraleer de strafrechter uitspraak heeft gedaan. Een vernietigingsarrest van de Raad van State

- plaatst de aanvrager terug in de toestand waarin hij zich bevond na de indiening van zijn aanvraag, maar vóór de

behandeling ervan door het bestuur; het vooruitzicht dat na de vernietiging alsnog een bouwvergunning zou kunnen worden verleend, doet hieraan geen afbreuk; door uit de vernietiging van de bouwvergunning bij arrest van de Raad van State af te leiden dat de bouwvoortreder over geen bouwvergunning beschikt, eerbiedigt de strafrechter het gezag van gewijsde van dit arrest; de strafrechter die de bouwvoortreder veroordeelt omdat hij na het vernietigingsarrest van de Raad van State en zonder bouwvergunning een gebouw instandhoudt, verantwoordt zijn beslissing naar recht⁵;

- heeft tot gevolg dat de onwettig bevonden vergunning met terugwerkende kracht nietig is erga omnes, zodat het opgetrokken gebouw of in opbouw zijnde gebouw moet geacht worden zonder vergunning te zijn tot stand gekomen;⁶ het oprichten en in stand houden van bouwwerken in strijd met een BPA maar onder dekking van een uitvoerbare bouwvergunning en vooraleer de beklagde kennis heeft gekregen van de nietigverklaring van de vergunning door de Raad van State, kan weliswaar gerechtvaardigd zijn door onoverwinnelijke dwaling; maar dit betekent niet dat de beklagde daardoor een definitief recht heeft verworven om na de kennisname van 's Raads arrest en derhalve de beëindiging van de dwaling, verder te bouwen of het gebouw dat geacht moet worden zonder vergunning te zijn opgetrokken, in stand te houden⁷; eenmaal de beklagde kennis heeft gekregen van het vernietigingsarrest, kan hij niet langer in de waan verkeren dat hij geen onrechtmatige toestand heeft doen ontstaan.⁸

Pierre LEFRANC

126/08

HOF VAN CASSATIE (2^E KAMER), 3 APRIL 2007

Afdelingsvoorzitter: E. Forrier

Raadsheren: L. Huybrechts, E. Goethals, L. Van
hoogenbemt en K. Mestdagh

O.M.: M. Timperman

Advocaat: Mr. W. Van Eeckhoutte

¹ Cass. 13 september 2005, P.05.0369.N, elders in dit nummer opgenomen.

² Grondwettelijk Hof nr. 121/2007, 19 september 2007, *B.S.* 31 oktober 2007, 56162, *Bb&b* 2007, 217, *T.R.O.S.* 2007, 366.

³ Zie Cass. 25 april 1996, *Arr. Cass.* 1996, 342, *Pas.* 1996, I, 370; Cass. 19 december 1995, *Arr. Cass.* 1995, 1147, *Pas.* 1995, I, 1183 (de strafrechter kan het herstel van de plaats in de vorige staat bevelen op vordering van burgerlijke partij die door het stedenbouwmisdrijf schade lijdt); Cass. 21 april 1994 *Arr. Cass.* 1994, 392, *Pas.* 1994, I, 388 en Cass. 20 januari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 80 (de rechter vermag het herstel in natura te bevelen, "onder meer door aan de schadeverwekker maatregelen op te leggen om een einde te maken aan de schadelijke toestand"); zie tevens Cass. 7 december 1994, *R.W.* 1996-97, 811, noot A. VANDEPLAS.

⁴ Cass. 14 juni 1977, *Arr. Cass.* 1977, 1053.

⁵ Cass. 28 september 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1180, *R.W.* 1999-2000, 1160, noot G. DEBERSAQUES en P. LEFRANC.

⁶ Cass. 24 mei 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 1112; Cass. 27 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 976, *Pas.* 1984, I, 871, *Amén.* 1985, 24, *R.W.* 1984-85, 1090.

⁷ Cass. 27 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 976, *Pas.* 1984, I, 871, *Amén.* 1985, 24, *R.W.* 1984-85, 1090.

⁸ Cass. 24 mei 1989, *Arr. Cass.* 1989-90, 1112.