

De cassatierechtspraak na het Straatburgse arrest *Hamer*: oude wijn in nieuwe zakken?

Pierre Lefranc
Staatsraad

I. Het arrest *Hamer*

1. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens zorgde voor enige opschudding in het Vlaamse juridische landschap met zijn uitspraak in de zaak *Hamer*.¹ Kort de feiten: H. erfde op 21 augustus 1993 de vakantiewoning van haar ouders, die zij zonder bouwvergunning in 1967 hadden opgericht. Het gewestplan in 1979 bracht het onroerend goed onder in bosgebied. In 1994 stelde de politie vast dat de vrouw haar weekendverblijf renoveerde en een vijftigtal sparren velde. Ze werd op 26 mei 2000 vrijgesproken in eerste aanleg. Het hof van beroep verklaarde haar op 6 februari 2002 wél schuldig aan de instandhouding van het weekendverblijf. Het hof oordeelde dat de redelijke termijn was overschreden maar dat dit de strafvordering niet uitdoofde. Het beval de gevorderde afbraak, legde een dwangsom op en machtigde de bevoegde besturen tot de ambtshalve uitvoering. Het cassatieberoep van H. werd op 7 januari 2003 verworpen. Onder dwang werd de vakantiewoning in juli 2004 afgebroken. De vrouw stapte op 3 juli 2003 naar het Mensenrechtenhof in Straatsburg. Zij voerde in een eerste middel succesvol de schending aan van de redelijkheidstermijnvereiste van artikel 6 EVRM. Het middel dat de vrouw putte uit de ongelijke behandeling omdat zij wel en de eigenaars van andere onvergunde woningen in dat bosgebied niet werden vervolgd (schending van art. 6, § 1 samen gelezen met art. 14 EVRM), verwierpt het Straatburgse Hof evenwel, evenals het middel dat de gedwongen afbraak het recht op bescherming van de eigendom (art. 1 Eerste Protocol EVRM) en van het gezinsleven van de vrouw (art. 8 EVRM) op disproportionele wijze schendt.

2. Waar omzeggens alle commentatoren van het eerste uur het erover eens zijn dat de herstelmaatregel van het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand voortaan een straf in de

zin van artikel 6 EVRM is, neigt de overgrote meerderheid onder hen ernaar om die nieuwe kwalificatie ook door te trekken in het interne recht en aan te nemen dat er (meestal niet nader omschreven) gevolgen (kunnen of moeten) zijn voor de gevorderde herstelmaatregel wanneer de rechter vaststelt dat de redelijke termijn overschreden werd. De auteurs MUYLLE en WILLEMS komen niet verder dan dat “de behoorlijkheidseisen van artikel 6 EVRM in acht moeten genomen worden”.² BOMBOIS meent dat uit het arrest *Hamer* volgt dat “si la procédure pénale a dépassé un délai raisonnable, le juge doit, à tout le moins, prendre en compte cette circonstance avant d’ordonner la mesure de réparation sollicitée”, dat “la distinction entre la peine et la mesure civile de restitution, sur laquelle repose cette argumentation, est désormais invalidée par la Cour européenne” en voorts “que l’arrêt *Hamer* (...) contient, en germe, une profonde mutation du régime juridique des mesures de ‘réparation’ urbanistique”.³ BOES betoogt dat de rechter “daar consequenties (moet) aan verbinden” en “de meest logische consequentie is de termijnoverschrijding in aanmerking te nemen bij het beoordelen van de redelijkheid van de herstellvordering”. De auteur lijkt aan te nemen dat de vaststelling van de overschrijding van de redelijke termijn leidt tot de conclusie dat de herstellvordering “kennelijk onredelijk” is (geworden) en dus moet worden verworpen.⁴ VAN HEUVEN stelt dat de schending van de redelijke termijn “passend ‘gesanctioneerd’ (moet) worden” maar laat de “vraag (...) wat deze sanctie dan precies moet inhouden” open.⁵ PETITAT oordeelt eveneens dat “een schending van de redelijke termijn (...) passend (moet) gesanctioneerd worden” door de rechter, die meer bepaald “zou (...) kunnen oordelen dat het opleggen

¹ Hof Mensenrechten 27 november 2007, *J.L.M.B.* 2008, 732, *Not. Fisc.M.* 2008, 185, *RABG* 2008, 419, *TMR* 2008, 36. Zie ook: *T. Strafr.* 2008, 153-154; P. LEFRANC, “Op het kruispunt van goede ruimtelijke ordening en mensenrechten”, *Juristenkrant* 2008, afl. 165, 2.

² M. MUYLLE & E. WILLEMS, “De bouwovertrading en de overdracht van onroerend goed op de vooravond van het wijzigingsdecreet ruimtelijke ordening. Actuele en toekomstige aandachtspunten voor het notariaat”, *Not.Fisc.M.* 2009, (3), 18.

³ Th. BOMBOIS, “Ordre de remise en état des lieux, champ pénal et délai raisonnable”, *JLMB* 2008, 735-752.

⁴ M. BOES, “Het herstel in de vorige staat is een straf”, *Not.Fisc.M.* 2008, 198-202.

⁵ D. VAN HEUVEN, “Verwarring troef na het arrest *Hamer*”, *TBO* 2008, 127-128.

van het herstel in de oorspronkelijke staat na een overschrijding van de redelijke termijn kennelijk onredelijk is waardoor hij de herstellvordering wegens onwettigheid zonder gevolg zou kunnen laten”.⁶ DE MEULENAER argumenteert dat “de rechter (...) niet anders (kan) dan beslissen dat de beklaagde door de overschrijding van de redelijke termijn geschaad wordt en (...) derhalve aan de overschrijding een gevolg (moet) verbinden” en meer bepaald de herstelmaatregel moet afwijzen zolang de wetgever “geen wettelijke basis tot mildering (...) voor de uit te spreken herstelmaatregel” invoert.⁷ De lering die VAN VOLSEM trok uit het *Hamer*-arrest, was klaar en duidelijk: “de lectuur van het arrest *Hamer* noopt onvermijdelijk tot de conclusie dat het EHRM het bevelen van het herstel van de plaats in de vorige staat onverenigbaar acht met de vaststelling dat de redelijke termijn werd overschreden”.⁸ VANSANT was integendeel de mening toegedaan dat “er geen enkele reden (is) om de internrechtelijke kwalificatie als maatregel van burgerlijke aard in vraag te stellen, temeer nu het arrest *Hamer* de blijvende noodzaak aan het opleggen van een maatregel tot herstel van de legaliteit, zelfs na overschrijding van de redelijke termijn, onderstreept”.⁹

3. Op de vraag hoe het Hof van Cassatie dit arrest *Hamer* heeft ontvangen, wordt hierna ingegaan.¹⁰

II. De rechtspraak van het Hof van Cassatie na 27 november 2007

4. De regel is en blijft dat de herstellvordering toekomt aan het *bevoegde bestuur*. Dat betekent dat zonder initiatief van het bestuur bij de gerechtelijke overheid, deze laatste noch ambtshalve kan vorderen noch ambtshalve tot herstel kan veroordelen.¹¹

5. De herstellvordering – zo neemt het Hof van Cassatie nog steeds aan – beoogt, zoals de teruggave bedoeld in artikel 44 Strafwetboek, de *beëindiging* van een met de strafwet strijdige toestand, meer bepaald van de *aantasting van de goede ruimtelijke ordening*, die door het stedenbouwmisdrijf is ontstaan.¹²

⁶ V. PETITAT, “De herstelmaatregel als straf onder de hamer?”, *CDPK* 2009, 305-332.

⁷ S. DE MEULENAER, “Het arrest *Hamer*: een klopp van de hamer voor het Vlaamse stedenbouwbeleid?”, *TBO* 2008, 177-180.

⁸ F. VAN VOLSEM, “De redelijke termijn: een Straatburgse hakbijl voor het herstel van de plaats in de vorige staat?”, *RABG* 2008, 422-431.

⁹ P. VANSANT, “Het arrest van het Europees Hof van de Rechten van de Mens op 27 november 2007: de Vlaamse handhaving van de ruimtelijke ordening op de rooster”, *TMR* 2008, 46-50.

¹⁰ De arresten van het Hof van Cassatie die hierna worden vermeld, kunnen, tenzij anders vermeld, geraadpleegd worden op www.juridat.be.

¹¹ Cass. 10 maart 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 45.

¹² Cass. 9 juni 2009, P.09.0023.N: dit vereist niet dat de rechter daarenboven vaststelt dat door dit misdrijf eveneens schade in de zin van de artt. 1382 en 1383 B.W. werd veroorzaakt, aldus het Hof

Wanneer de strafrechter een beklaagde strafrechtelijk veroordeelt voor een stedenbouwmisdrijf maar de gevorderde herstelmaatregel afwijst omdat ze kennelijk onredelijk wordt bevonden, dan impliceert dit laatste een *gedogen* van de alsdan bestaande toestand en heft dit de strafrechtelijk vastgestelde strijdigheid of afwezigheid van bouwvergunning *niet* op.¹³

6. De jurisprudentiële regel dat het *de rechter staat* in het licht van de omstandigheden van de zaak en *met inachtneming* van de complexiteit ervan en van het gedrag van de beklaagde en van de gerechtelijke overheden, in feite te oordelen of de redelijke termijn tussen de beschuldiging en het vonnis, waarop elke beklaagde recht heeft, is overschreden en dat het Hof van Cassatie enkel nagaat of de rechter uit de vaststellingen die hij verricht, geen gevolgtrekking afleidt die deze niet kunnen verantwoorden, blijft onverkort gelden.¹⁴ Het Hof van Cassatie oordeelde in het voormelde arrest van 24 november 2009 dat de appelrechters in die zaak, op basis van het concreet vastgestelde gedrag van de eisers in cassatie, wettig konden oordelen dat de redelijke termijn niet was geschonden.

De redelijke termijn van artikel 6 EVRM moet in acht genomen worden *vanaf* het ogenblik waarop de verdachte in verdenking wordt gesteld of wanneer hij ingevolge een andere daad van het opsporingsonderzoek of van het gerechtelijk onderzoek onder de dreiging van een strafvervolgung leeft.¹⁵

Er is *geen* verband tussen het gevolg dat aan de herstellvordering moet worden verleend door de rechter wegens het nadien overschrijden van de redelijke termijn en zijn beoordeling van de interne wettigheid van de herstellvordering. Deze laatste beoordeling betreft haar inhoudelijke overeenstemming met de wet op het ogenblik waarop het herstel gevorderd wordt.¹⁶

7. Met een arrest van 6 mei 2008 verwerpt het Hof van Cassatie de stelling van de eisers in cassatie dat de herstellvordering een met de strafvordering onlosmakelijk verbonden accessorium is, zodat zij samen met de strafvordering verjaart, waardoor de appelrechters niet alleen de verjaring van de strafvordering maar ook van de herstellvordering hadden moeten vaststellen. De vordering van de stedenbouwkundige inspecteur tot herstel in de vorige toestand is immers, aldus het Hof van Cassatie, een *burgerlijke rechtsvordering*, volgend uit een misdrijf, zodat deze vordering, overeenkomstig artikel 26 Voorafgaande Titel van het Wetboek van Strafvordering, niet verjaart vóór de strafvordering. Wanneer de vordering tot herstel van de plaats in de vorige staat voor de strafrechter tijdig is ingesteld, loopt de verjaring ervan niet meer totdat een in kracht van gewijsde gegane beslissing het geding beëindigd heeft.¹⁷

van Cassatie; zie ook: Cass. 15 september 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 48.

¹³ Cass. 3 september 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 49.

¹⁴ Cass. 24 november 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 52;

Cass. 5 januari 2010, verder in dit nummer opgenomen, p. 56.

¹⁵ Cass. 21 april 2009, P.08.1817.N.

¹⁶ Cass. 6 mei 2008, P.08.0151.N.

¹⁷ *Ibid.*; *idem* Cass. 12 mei 2009, P.08.08.1888.N, niet gepubliceerd.

8. Het Hof van Cassatie vernietigt bij arrest van 23 september 2008 het oordeel van het Brusselse hof van beroep waarin werd besloten dat het opleggen van een meerwaarde voor de wederrechtelijke bouwwerken een meer aangepaste herstelmaatregel is, zonder daarbij het gevorderde herstel in de oorspronkelijke toestand als kennelijk onredelijk aan te merken. Het Hof van Cassatie leidt uit het toentertijd geldende artikel 149 van het decreet van 18 mei 1999 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening (hierna afgekort: DORO) af dat aan het bestuur de bevoegdheid toekomt om een *herstelbeleid* te voeren: het bestuur beslist of het al dan niet een herstelmaatregel zal vorderen.¹⁸ Indien het beslist een herstelmaatregel te vorderen, beschikt het over de keuze tussen drie mogelijke herstelmaatregelen *binnen* de grenzen en de modaliteiten die nader bij dit artikel 149 zijn bepaald. Deze wettelijk bepaalde keuzemogelijkheid¹⁹ houdt een appreciatie- en beleidsbevoegdheid in voor het bestuur die de rechter krachtens het beginsel van de scheiding der machten, zoals vervat in de artikelen 36, 37 en 40 Grondwet, *niet* heeft. De rechter moet *enkel* krachtens artikel 159 Grondwet nagaan of de beslissing van de stedenbouwkundig inspecteur om een bepaalde herstelmaatregel te vorderen, uitsluitend met het oog op de goede ruimtelijke ordening is genomen. Hij moet de vordering die steunt op motieven die vreemd zijn aan de ruimtelijke ordening of op een opvatting van een goede ruimtelijke ordening die kennelijk onredelijk is, zonder gevolg laten. Wanneer de wettigheid van de vordering tot herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand wordt aangevochten, gaat de rechter *bovendien* in het bijzonder na of deze vordering niet kennelijk onredelijk is. Hij kan niet zelf de redelijke herstelmaatregel bepalen, maar enkel oordelen of het bestuur in redelijkheid is kunnen komen tot de beslissing een bepaalde wijze van herstel te vorderen. Het begrip ‘kennelijke onredelijkheid’ wijst op de wijze waarop de rechter de bestuurlijke beslissing op zijn redelijkheid beoordeelt, namelijk met de terughoudendheid die de discretionaire macht van het bestuur vereist.²⁰

9. De allereerste keer dat het Hof van Cassatie gedwongen werd stelling in te nemen over de gevolgen van het arrest *Hamer*, betrof een zaak waarin de beklaagde wegens het door haar begane bouw misdrijf definitief tot een straf veroordeeld werd door de appelrechters, die achteraf bij de beoordeling van de herstellvordering hebben vastgesteld dat de redelijke termijn was overschreden maar daaruit geen enkel gevolg hebben afgeleid voor de herstellvordering. Het Hof van Cassatie stelt

vooreerst voorop dat het beschouwen van het herstel in de oorspronkelijke staat als een straf in de zin van artikel 6 EVRM *enkel* meebrengt dat de in die bepaling vervatte waarborgen in acht moeten worden genomen. Het brengt *niet* mee dat die maatregel van strafrechtelijke aard is, zodat de algemene bepalingen van het Belgische straf- en strafprocesrecht ter zake toepassing moeten vinden. Het Hof nam vervolgens, in het verlengde van het voorgaande, aan dat de overschrijding van de redelijke termijn voor de beoordeling van de herstellvordering *niet* tot gevolg heeft dat de rechter geen volledig herstel meer kan bevelen.²¹

Dit korte arrest doet twee vragen rijzen: 1) wat zijn dan die waarborgen in artikel 6.1 EVRM die in acht moeten worden genomen bij het vorderen/bevelen van het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand? en 2) kan de (straf)rechter, in geval van overschrijding van de redelijke termijn, minder dan het (gevorderde) volledige herstel bevelen?

Uit de navolgende rechtspraak blijkt dat het Hof van Cassatie een duidelijk antwoord geeft op de eerste vraag en dat de zoektocht naar het formuleren van het antwoord op de tweede vraag heel wat voeten in de aarde heeft.

10. In een zaak waarin de Antwerpse appelrechters, naar aanleiding van de oprichting en instandhouding van een veranda, de eisers in cassatie ontslaan van rechtsvervolgning omdat enerzijds “de strafsancie niet geldt” voor de ten laste gelegde feiten van instandhouding en anderzijds de verjaring van de strafvordering is ingetreden voor de uitvoering van de werken, heeft het Hof van Cassatie de regels uit het voorgaande arrest in het arrest van 4 november 2008 bevestigd en daaruit het voor die zaak gepaste gevolg getrokken, meer bepaald dat het voor de strafrechter *mogelijk blijft* dit herstel in de oorspronkelijke staat te bevelen teneinde de gevolgen van het misdrijf te doen ophouden, ook wanneer hij vaststelt dat de strafvordering is vervallen wegens opheffing van de strafbaarheid of wegens verjaring.²²

Het Hof van Cassatie herneemt dan zijn overwegingen in het voormelde arrest van 23 september 2008 in verband met de beleidsvrijheid van het bestuur en de daaruit voortvloeiende marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter mits de toevoeging dat het begrip ‘kennelijke onredelijkheid’ *niet* het criterium is op basis waarvan de gevorderde herstelmaatregel wordt beoordeeld.²³

¹⁸ Uit een arrest van 18 maart 2008 kan worden afgeleid dat ook dit aspect van de beleidsvrijheid van het bestuur (indien het Hof van Cassatie dat zo bedoelt – zie vn. hierna) beperkt moet zijn, gelet op de noodzaak om de mogelijke aantasting van de goede ruimtelijke ordening te onderzoeken (Cass. 18 maart 2008, P.07.1509.N, RW 2008-09, 1347, noot T. VAN CAUTER, “De herstellvordering getoetst aan het evenredigheidsbeginsel: het Hof van Cassatie stelt orde op zaken”, *TBP* 2009 (weergave F. MEERSSCHAUT), 626, *TMR* 2008, 643).

¹⁹ Deze zinsnede slaat m.i. enkel op de keuze die het bestuur moet maken tussen de drie wettelijk mogelijke herstelmaatregelen.

²⁰ Cass. 23 september 2008, P.08.0280.N.

²¹ Cass. 28 oktober 2008, P.08.0880.N, *TBP* 2009 (weergave F. MEERSSCHAUT), 624.

²² Cass. 4 november 2008, P.08.0081.N. concl. M. DE SWAEF, *Amén*. 2009 (weergave M. BOES), 132, RW 2008-09, 1352, *TBP* 2009 (weergave F. MEERSSCHAUT), 624 en 625, *TROS-Nieuwsbrief* 2009 (samenvatting), afl. 1, 7, noot D. LINDEMANS; zie ook M. DE SWAEF en M. TRAEST, “Tussen Hamer en aambeeld: de gevolgen van het arrest-Hamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens op de herstelmaatregel in stedenbouw”, RW 2008-09, 1330-1340.

²³ Zie ook Cass. 17 juni 2008, P.08.0256.N; bij de beoordeling van de wettigheid van de herstellvordering hoort de rechter zich niet in de plaats van het bestuur te stellen.

Voor het eerst stelt het Hof van Cassatie in dit arrest dat de waarborgen van artikel 6.1 EVRM die in acht moeten worden genomen, het recht is van eenieder “bij het bepalen van de grondigheid van een tegen hem ingestelde strafvordering (...) op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij wet is ingesteld”. In stedenbouwwaken, aldus het Hof van Cassatie, moet de rechtspleging die tot het bevelen van het herstel leidt, *in haar geheel*, dit is het optreden van het vorderende bestuur in combinatie met de beoordeling van dit optreden door de rechter, aan de voorwaarden van artikel 6.1 EVRM worden getoetst. Het Hof van Cassatie concludeert dat deze rechtspleging voldoet aan de waarborgen van artikel 6.1 EVRM en artikel 14 BUPO op grond van de volgende vaststellingen:

- De beklaagde die het voorwerp uitmaakt van een herstellvordering, kan voor de gemachtigde ambtenaar (thans de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur) alle elementen naar voor brengen waarvan hij meent dat zij pertinent kunnen zijn; uit de wetgeving volgt niet en het wordt in die concrete zaak evenmin aangevoerd dat ingevolge de toepasselijke rechtspleging het bestuur niet onafhankelijk of onpartijdig zou oordelen, of nog dat de beklaagde niet eerlijk zou worden behandeld.²⁴
- Voor de strafrechter kan de beklaagde de gevorderde maatregel betwisten wegens willekeur, onredelijkheid, gebrek aan bewijskrachtige gegevens, het gronden van de beslissing op gegevens die geen verband houden met de zaak of nog het verwaarlozen van pertinente gegevens; wanneer de rechter, bij de uitoefening van zijn wettigheidstoezicht, oordeelt dat de bestuurlijke overheden niet met de vereiste onpartijdigheid een keuze hebben gemaakt tussen de verschillende, in het toentertijd geldende artikel 149, § 1 DORO bedoelde wijzen van herstel, kan hij de door die overheden ingestelde vordering verwerpen zonder die vordering verder nog op haar interne en externe wettigheid te moeten toetsen.
- Artikel 6.1 EVRM en artikel 14 BUPO vereisen geen rechtspleging die de strafrechter toelaat de beslissing van het bestuur “op alle punten, zowel in feite als in rechte (...) (te) beoordelen en overeenkomstig zijn eigen appreciatie (te) hervormen”.

²⁴ Deze zienswijze staat haaks op die van de Hoge Raad voor het Herstelbeleid (thans Handhavingsbeleid) in zijn advies van 15 mei 2008, waarin de stedenbouwkundige inspecteur wordt bestempeld als een “partij” (zie *Jaarverslag 2008*, bijlage, 10-13, te consulteren op www.ruimtelijkeordening.be); de decreetgever is niet ingegaan op het verzoek van deze raad om, omwille van de onpartijdigheidsplicht en de wapengelijkheid, de mogelijkheid voor de herstellvorderende besturen om de vergaderingen van die raad bij te wonen en stemadvies uit te brengen, te schrappen (art. 6.1.31 Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening); de zienswijze van de decreetgever en het Hof van Cassatie lijken dan ook met elkaar te sporen. Deze zienswijze van de voormelde raad gaat er overigens volledig aan voorbij dat de herstelmaatregel, en dus de herstellvordering, enkel ingegeven kan zijn door de goede ruimtelijke ordening, en derhalve door het algemeen belang.

Het Hof van Cassatie wijst er vervolgens op dat de toepassing van artikel 6.1 EVRM niet wegneemt dat de herstelmaatregel van afbraak het resultaat is van een bestuurlijke appreciatie die gericht is op het behoud van een maatschappelijk essentieel geachte waarde, en dat de rechter dit bestuurlijk beleid krachtens het *beginsel der scheiding der machten* moet eerbiedigen en slechts marginaal mag toetsen. Binnen de ruimte die de wet toelaat, komt het aldus aan het bestuur toe de hem meest passend lijkende herstelmaatregel te kiezen na afweging tussen, enerzijds, de vereisten van de goede plaatselijke ruimtelijke ordening zoals bepaald in het toentertijd geldende artikel 4 DORO, en anderzijds, de nadelige financiële gevolgen die de ene of andere maatregel voor de betrokkene zal meebrengen. De rechter vermag enkel te oordelen of het bestuur bij zijn keuze wel of niet de wettigheid heeft geëerbiedigd.

11. In het kader van een procedure tot intrekking van een veroordeling wijst het Hof van Cassatie erop dat de omstandigheid dat het herstel in de oorspronkelijke staat kan worden beschouwd als een straf in de zin van artikel 6.1 EVRM, niet belet dat dit herstel in het interne recht strekt tot het ongedaan maken van de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf. Artikel 13, § 5 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof met betrekking tot de verwijzing van de *burgerlijke rechtsvordering* naar de bevoegde rechter, is aldus toepasselijk op de herstellvordering van het bevoegde bestuur.²⁵

12. Ook in het arrest van 6 januari 2009 waarin de eiser in cassatie had opgeworpen dat de appelrechters niet enkel een lichtere straf hadden moeten uitspreken na de vaststelling dat de redelijke termijn was overschreden, maar ook het verval van de herstellvordering hadden moeten vaststellen, herhaalde het Hof van Cassatie de regel dat de vaststelling dat een herstel in de oorspronkelijke staat een straf is in de zin van artikel 6.1 EVRM, enkel met zich meebrengt dat de waarborgen van die bepaling in acht moeten worden genomen. Het gevolg dat hieruit voor de strafrechter moet voortvloeien, wordt in vergelijking met het voormelde arrest van 28 oktober 2008 alleen wat duidelijker gesteld door de finaliteit van de herstelmaatregel in herinnering te brengen, met name “de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf (...) doen ophouden en (...) voorkomen dat de beklaagde het voordeel uit het door hem gepleegde misdrijf behoudt”.²⁶

Het Hof van Cassatie voegde daaraan toe dat het recht op daadwerkelijke rechtshulp overeenkomstig artikel 13 EVRM niet inhoudt dat wanneer de rechter vaststelt dat de in artikel 6.1 EVRM bedoelde redelijke termijn is overschreden, het herstel waarop de beklaagde recht heeft, noodzakelijk bestaat in het verval van de vordering tot herstel in de oorspronkelijke staat.²⁷

²⁵ Cass. 25 november 2008, P.08.0883.N.

²⁶ Cass. 6 januari 2009, P.08.0674.N.; Zie ook: Cass. 12 januari 2010 verder in dit nummer opgenomen, p. 57: “De herstelmaatregel beoogt (...) het ongedaan maken van de gevolgen van het misdrijf in het algemeen belang”.

²⁷ Cass. 6 januari 2009, P.08.0674.N.

13. Uit het arrest van 10 februari 2009 lijkt te moeten worden afgeleid dat in de marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter, zoals het Hof van Cassatie dat in zijn arrest van 4 november 2008 heeft omschreven, de afweging is vervat of geen andere herstelmaatregel noodzakelijk is, dit onder meer op grond van de aard van de overtreding, de omvang en de aantasting van de goede ruimtelijke ordening en het voordeel dat voor de ruimtelijke ordening ontstaat door het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand tegenover de last die daaruit voor de overtreder voortvloeit.²⁸ Dit brengt voor het Hof van Cassatie mee dat de rechter *kan* oordelen dat een herstellenvordering die *alleen* op grond van de planologische bestemming is gesteund, kennelijk onredelijk is en niet noodzakelijk is om de ruimtelijke ordening te vrijwaren, zelfs wanneer de wederrechtelijke constructies in strijd zijn met de planologische bestemming van het gebied.²⁹

14. In zijn arrest van 17 februari 2009 geeft het Hof van Cassatie enige toelichting bij zijn vast(wordend)e rechtspraak. In die zaak beklagden de eisers in cassatie zich erover dat de strafrechter “de meest vergaande herstelmaatregel (de volledige afbraak) (...) ondanks de vastgestelde overschrijding van de redelijke termijn” had bevolen, waardoor het bestreden arrest “het strafrechtelijk karakter van die maatregel” én “de gevolgen van de overschrijding van de redelijke termijn op dergelijke straf” heeft miskend. Onder de waarborgen van artikel 6.1 EVRM is, aldus het Hof van Cassatie, onder meer “de behandeling van de vordering binnen een redelijke termijn” begrepen.³⁰ Het Hof stelt vervolgens vast dat noch artikel 6 of 13 EVRM, noch artikel 14 BUPO, noch enige andere bepaling van die verdragen de gevolgen aanduidt die de rechter moet verbinden aan een door hem vastgestelde overschrijding van de redelijke termijn. Daaruit wordt afgeleid dat het aan de rechter staat om, wanneer hij beslist een *strafvermindering* toe te kennen omdat de redelijke termijn is overschreden, in feite en op grond van de concrete gegevens van de zaak te oordelen in welke mate en onder welke voorwaarden die vermindering kan worden toegekend, op voorwaarde dat die vermindering reëel en meetbaar is.

De toetsing van deze regel aan de concrete zaak deed het Hof concluderen dat de appelrechters hun beslissing naar recht hadden verantwoord. Enerzijds omdat uit lezing van het arrest bleek dat zij hadden vastgesteld dat het door de stedenbouw-

kundige inspecteur gevorderde herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand nog steeds noodzakelijk was om aan de gevolgen van het misdrijf een einde te stellen en dat het voordeel voor de goede ordening van de ruimte opweegt tegen de last die er voor de overtreders uit voortvloeit, ondanks het onverantwoord grote tijdsverloop. Anderzijds omdat daaruit ook bleek dat de appelrechters met de overschrijding van de redelijke termijn rekening hadden gehouden bij het bepalen van de gevangenisstraf en de geldboete.³¹

15. Het Hof van Cassatie wijst er dan weer in zijn arrest van 10 maart 2009 op dat de vaststelling dat het herstel in de oorspronkelijke toestand een “straf” is in de zin van artikel 6.1 EVRM, niet tot gevolg heeft dat die maatregel in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard is, zodat de algemene bepalingen van het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, “inzonderheid wat betreft het milderen van de straf of zelfs de eenvoudige schuldigverklaring” er toepassing op moeten vinden. Integendeel, krachtens artikel 21*ter*, tweede lid van de V.T.Sv. moet de strafrechter ook bij vaststelling van de overschrijding van de redelijke termijn van de strafvordering, zo daartoe aanleiding bestaat, de verdachte veroordelen tot teruggave. Dit geldt, aldus het Hof van Cassatie, evenzeer voor de maatregel van het herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand, die, zoals de teruggave, strekt tot het herstel van de toestand van vóór het misdrijf. Het Hof besluit hier vervolgens uit dat het niet tegenstrijdig is te oordelen dat de internrechtelijke kwalificatie van de herstelmaatregel als maatregel van burgerlijke aard behouden blijft, ook al kan die maatregel als een straf worden aangezien in de zin van het EVRM, en dat zelfs bij een overschrijding van de redelijke termijn, die maatregel krachtens het voormelde artikel 21*ter*, tweede lid, zoals de teruggave, verder moet worden bevolen.³²

Het Hof van Cassatie werkt dan het arrest van 17 februari 2009 verder uit wat betreft de waarborg van artikel 6.1 EVRM van (o.m.) een behandeling van de vordering binnen een redelijke termijn en de vaststelling dat het verdragsrecht geen specifieke sanctie voorziet bij overschrijding van die termijn. In voorkomend geval, aldus het Hof van Cassatie, bepaalt de strafrechter vrij de gevolgen hiervan “mits dit geschiedt binnen de grenzen van zijn bevoegdheid en overeenkomstig de modaliteiten die de wet bepaalt”. Dit houdt in dat de rechter, naast de mogelijkheid om de veroordeling bij eenvoudige schuldigverklaring uit te spreken of een straf uit te spreken die lager kan zijn dan de wettelijke minimumstraf, eveneens, naar analogie met het voormelde artikel 21*ter*, zoals in het geval van teruggave, moet verhelpen aan de gevolgen van het misdrijf door de aantasting van de goede ruimtelijke ordening weg te werken. Behoudens kennelijk onredelijke vordering kan dit niet anders, aldus het Hof, dan door het bevelen van de herstelmaatregel die het daartoe bevoegde bestuur vordert. Het Hof van Cassatie verwierpt dan ook de stelling van de eiser in cassatie dat de overschrijding van de redelijke termijn noodzake-

²⁸ Deze formulering hanteerde het Hof van Cassatie eerder ook: Cass. 18 maart 2008, P.07.1509.N, RW 2008-09, 1347, noot T. VAN CAUTER, TBP 2009 (weergave F. MEERSSCHAUT), 626, TMR 2008, 643: om het gevorderde herstel van de plaats in de oorspronkelijke toestand te kunnen afwijzen, moet de rechter vaststellen dat ook met een minder ingrijpende maatregel de goede ruimtelijke ordening kan worden hersteld; zie ook Cass. 4 februari 2003, Arr.Cass. 2003, 310, TBO 2004, 35, noot P. VANSANT, TMR 2003, 389.

²⁹ Cass. 10 februari 2009, P.08.1163.N, TROS 2009, 259, noot S. BOULLART, “De grenzen van de beoordeling van de rechter inzake de stedenbouwkundige herstelmaatregelen: is het Hof van Cassatie het noorden kwijt?”.

³⁰ Zie ook Cass. 24 november 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 50: “de eerbiediging van de redelijke termijn”.

³¹ Cass. 17 februari 2009, P.08.1587.N.

³² Cass. 10 maart 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 46.

lijk moet leiden tot een weigering of een mildering van het gevorderde herstel.³³

16. In zijn arrest van 5 mei 2009 leidt het Hof van Cassatie uit de vaststelling dat het bevel tot herstel van de plaats in de vorige toestand of tot staking van het strijdige gebruik geen straf is naar Belgisch recht maar een maatregel van burgerlijke aard, af dat artikel 211*bis* Wetboek van Strafvordering in verband met de *strafverzwaring*, niet toepasselijk is op deze beslissing noch op de dwangsom die de appelrechter eraan toevoegt.³⁴

17. Het Hof van Cassatie verwerpt in een arrest van 9 juni 2009 het middel waarin de eisers in cassatie aanvoeren dat het bestreden arrest ten onrechte oordeelt dat de overschrijding van de redelijke termijn van artikel 6.1 EVRM geen enkel rechtsgevolg heeft voor de herstellvordering die nog steeds moet worden bevolen, met dezelfde argumenten als in het voormelde arrest van 10 maart 2009.³⁵

18. In het arrest van 23 juni 2009 kregen de rechtsopvolgers van de misdrijfpleger te horen dat de vaststelling dat het herstel in de oorspronkelijke toestand een 'straf' is in de zin van artikel 6.1 EVRM, niet tot gevolg heeft dat die maatregel in de Belgische wetgeving van strafrechtelijke aard is, zodat de algemene bepalingen van het Belgische strafrecht en strafprocesrecht, "inzonderheid wat betreft het persoonlijk karakter van de straf" er toepassing op moeten vinden. De herstellvordering beoogt, zoals de teruggave bedoeld in artikel 44 Strafwetboek, het doen verdwijnen van een met de strafwet strijdige toestand, meer bepaald het doen verdwijnen van de aantasting van de goede ruimtelijke ordening die door het stedenbouwmisdrijf is ontstaan. Als schuld van burgerlijke aard, ontstaan uit de persoonlijke aansprakelijkheid van de misdrijfpleger, behoort de verplichting tot herstel tot het passief van diens nalatenschap dat overgaat op zijn erfopvolgers, ook al zijn zij geen eigenaar van het onroerend goed waarop het misdrijf betrekking heeft.³⁶

19. Het burgerrechtelijk karakter van de herstelmaatregel wordt impliciet bevestigd in een zaak waarin de appelrechters de beklaagde strafrechtelijk veroordelen wegens een stedenbouwmisdrijf maar het gevorderde herstel in de oorspronkelijke toestand buiten toepassing laten én weigeren de *burgerlijke belangen* van de eiser tot herstel (de gewestelijke stedenbouwkundige inspecteur) aan te houden. Het Hof van Cassatie ziet in die weigering geen graven omdat, overeenkomstig artikel 4, tweede lid Sv., het ambtshalve aanhouden van de burgerlijke belangen afhankelijk is van de vaststelling door de rechter dat die burgerlijke belangen niet in staat van wijzen zijn. Een aanhouding van burgerlijke belangen is bijgevolg

zonder voorwerp indien de zaak in staat van wijzen is en indien deze belangen, *i.c.* de herstellvordering, integraal en definitief zijn beoordeeld.³⁷

20. In een zaak waarin het Brusselse hof van beroep de redelijke termijn overschreden achtte, de eiser in cassatie had veroordeeld bij eenvoudige schuldigverklaring en het gevorderde herstel van de plaats in de vorige toestand had bevolen, wijst het Hof van Cassatie erop dat de omstandigheid dat de redelijke termijn voor de berechting van een bouwmisdrijf overschreden is, er niet aan in de weg staat dat er *bijzondere wettelijk dwingende redenen* kunnen bestaan om alsnog het herstel in de vorige staat te bevelen. Het Hof gaat vervolgens op zoek in het bestreden arrest naar de redenen die moeten worden opgegeven en vindt de overwegingen 1) dat de illegale constructies gelegen zijn in een natuurgebied waarvan noch de onwettigheid, noch het achterhaald zijn van die bestemming werd aangetoond, 2) dat de gewestplanbestemming een verordenend karakter heeft en 3) dat noch het belang dat de gevolgen van het herstel voor de eiser in cassatie kunnen hebben, noch het tijdsverloop afbreuk doen aan de wettigheid van de herstellvordering. Het Hof van Cassatie leidt daaruit af dat de appelrechters oordelen dat het herstel in de vorige staat moet worden bevolen omdat het tijdsverloop geen afbreuk doet aan de wettigheid van de herstellvordering en dat het ten laste gelegde misdrijf niet kan worden geregulariseerd.³⁸

21. De eisers in cassatie verdedigden in een zaak die geleid heeft tot het arrest van 24 november 2009, de stelling dat uit het strafrechtelijk karakter van de (bevolen) herstelmaatregel voortvloeit dat de rechter verplicht is na te gaan of de concrete omstandigheden van de zaak geen minder ingrijpend herstel noodzakelijk maken of verantwoorden. Enigszins verrassend antwoordt het Hof van Cassatie hierop dat de herstelmaatregel door de rechter *in ieder geval* moet worden beoordeeld in het licht van artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM *wanneer* de beklaagde de gevolgen van het stedenbouwmisdrijf voor zijn eigendom betwist, meer bepaald wat de *evenredigheid* van de aan dat misdrijf te verbinden herstelmaatregel betreft. Het arrest bouwt verder aan het parcours dat werd uitgezet in het voormelde arrest van 4 november 2008 in verband met de bevoegdheid van de rechter om de gevorderde herstelmaatregel op zijn wettigheid te toetsen door dit nu in de context van het internationaal beschermde eigendomsrecht te plaatsen.³⁹

De wettigheid van de herstellvordering wordt, aldus het Hof van Cassatie, *mede* bepaald door artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM, waarvan het tweede lid bepaalt dat het recht op ongestoord genot van een eigendom op geen enkele wijze het recht aantast dat een Staat heeft om die wetten toe te passen die hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het al-

³³ *Ibid.*

³⁴ Cass. 5 mei 2009, P.08.1853.N; *idem* Cass. 12 mei 2009, P.08.1888.N, niet gepubliceerd.

³⁵ Cass. 9 juni 2009, P.09.0023.N, RABG 2009, 919, noot VAN VOLSEM, "Het EHRM-arrest *Hamer* kan het Hof van Cassatie niet overtuigen".

³⁶ Cass. 23 juni 2009, P.09.0276.N.

³⁷ Cass. 13 oktober 2009, P.09.0512.N.

³⁸ Cass. 27 oktober 2009, P.09.0939.N.

³⁹ Cass. 24 november 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 52; *idem* Cass. 24 november 2009, P.09.0991.N en 1 december 2009, P.09.1053.N, niet gepubliceerd.

gemeen belang. De Staat geniet een ruime appreciatiebevoegdheid bij het treffen van maatregelen met betrekking tot de ruimtelijke ordening en de milieubescherming. Het komt aan de overheden toe in te grijpen om te voorkomen dat de maatregelen die ze getroffen hebben ter bescherming van de ruimtelijke ordening en het milieu, hun nut verliezen. Daartoe is het mogelijk dat het eigendomsrecht beperkt wordt. Het gunstige gevolg van de maatregel voor een goede ruimtelijke ordening dient echter *evenredig* te zijn met de last die eruit voortvloeit voor de overtreder.⁴⁰ Na de discretionaire bevoegdheid van het (herstelvorderende) bestuur en de daaruit voortvloeiende marginale toetsingsbevoegdheid van de rechter te hebben bevestigd, zoals in het arrest van 4 november 2008, stelt het Hof nu dat de rechter, wanneer de wettigheid van de herstelvordering wordt aangevochten, in het bijzonder moet nagaan of die vordering niet kennelijk onredelijk is, meer bepaald of het voordeel van de gevorderde herstelmaatregel ter behoud van een goede ruimtelijke ordening opweegt tegen de last die daaruit voor de overtreder voortvloeit. Wanneer hij vaststelt dat het door de overheid gevorderde herstel beantwoordt aan het vereiste rechtmatige evenwicht tussen een goede ruimtelijke ordening en het recht op ongestoord genot van de eigendom door de overtreder, kan de rechter zich *niet* op grond van artikel 6 EVRM inlaten met het beleid van het bestuur door niettemin diens redelijk verantwoorde herstelvordering te verwerven om de enkele reden dat een andere maatregel hem persoonlijk beter aangepast lijkt. Het Hof van Cassatie verwierpt dan ook de stelling die ervan uitgaat dat de rechter krachtens zijn volle rechtsmacht zelf de toe te passen herstelmaatregel vrij moet kunnen bepalen en, ongeacht de beleidsruimte van het bestuur, de zelfs redelijke herstelvordering van het bevoegde bestuur moet kunnen hervormen. In een ander arrest van dezelfde datum komt het Hof van Cassatie tot de conclusie dat in het bestreden arrest “een volledige evenredigheidstoets conform artikel 159 Grondwet en artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM” werd verricht.⁴¹

III. Conclusie

22. Uit de cassatierechtspraak na het arrest *Hamer* kan thans worden geconcludeerd dat het herstel in de oorspronkelijke toestand zijn internrechtelijk burgerlijk karakter heeft behouden. De kwalificatie van deze specifieke herstelmaatregel als een straf in de zin van artikel 6.1 EVRM heeft enkel tot gevolg dat bij het bepalen van deze herstelmaatregel de waarborgen moeten getuigen van een eerlijke en openbare behandeling

binnen een redelijke termijn door een bij wet ingestelde onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie. Daarover eenmaal geïnterpelleerd, zag het Hof van Cassatie geen problemen in de rechtspleging die in dat geval geleid heeft tot “het herstel in de oorspronkelijke staat”.

De pleidooien voor volle rechtsmacht van de rechter over het (gevoerde) herstel in de oorspronkelijke toestand, al dan niet naar aanleiding van deze nieuwe verdragsrechtelijke kwalificatie, hebben weinig of geen gehoor gekregen. Het Hof van Cassatie heeft eigenlijk zijn eerdere rechtspraak bevestigd in verband met de vereiste van een herstelvordering van het bevoegde bestuur dat hiervoor over een discretionaire bevoegdheid (herstelbeleid) beschikt, en het beginsel van de scheiding der machten dat de rechter belet zich in de plaats van het bestuur te stellen, waardoor hij slechts over een wettigheidscontrole op (inclusief een marginale toetsingsbevoegdheid over de opportuniteit van) de gevorderde herstelmaatregel beschikt. Niettemin kunnen twee opmerkingen worden gemaakt bij dit eerste summiere onderzoek. Vooreerst heeft het Hof van Cassatie zijn rechtspraak⁴² over de kennelijke onredelijkheidsbeoordeling van de gevorderde herstelmaatregel wat scherper gesteld: het begrip ‘kennelijke onredelijkheid’ is niet het criterium voor de beoordeling van de gevorderde herstelmaatregel maar wijst op de terughoudendheid die van de rechter wordt vereist wanneer hij die maatregel op zijn redelijkheid beoordeelt. Voorts heeft het Hof van Cassatie de evenredigheidstoets thans opgehangen aan artikel 1 Eerste Aanvullend Protocol EVRM. Met de gepaste terughoudendheid wordt van de rechter verwacht dat hij desgevraagd nagaat of het in die verdragsbepaling vervatte evenwicht tussen een goede ruimtelijke ordening en het recht op ongestoord genot van de eigendom al dan niet is geschonden bij het opleggen van de gevorderde herstelmaatregel. Deze evenwichtstoets komt op die wijze heel dicht bij de afweging van het recht van de bouwovertreder op het ongestoorde genot van zijn eigendom tegen de rechten van derden (omwonenden, aanpalenden) op datzelfde genot van hun eigendommen die (wel) hebben bijgedragen tot de goede ruimtelijke ordening door zich wetsconform te (hebben) gedragen.

In de gevallen waarin de overschrijding van de redelijke termijn wordt vastgesteld, wijst het Hof van Cassatie erop dat artikel 6.1 EVRM geen sancties bepaalt en de rechter dus de gevolgen hiervan weliswaar vrij bepaalt maar dan toch binnen de grenzen van zijn bevoegdheid en volgens de modaliteiten van de wet. Bijgevolg kan de rechter in voorkomend geval de straf op een reële en meetbare wijze verminderen, maar moet hij de gevorderde herstelmaatregel bevelen behoudens wanneer hij, op andere gronden dan het onredelijke tijdsverloop, tot de conclusie komt dat deze kennelijk onredelijk is.

⁴⁰ In een arrest van dezelfde datum (P.09.0942.N) drukt het Hof van Cassatie deze regel als volgt uit: de vrijwaring van een goede ruimtelijke ordening maakt deel uit van het algemeen belang tot verwezenlijking waarvan de Staat overeenkomstig art. 1 Eerste Aanvullende Protocol EVRM het recht op eigendom mag beperken mits tussen de betrokken algemene en particuliere belangen een rechtmatig evenwicht wordt geëerbiedigd; zie ook Cass. 22 december 2009, P.09.0941.N.

⁴¹ Cass. 24 november 2009, verder in dit nummer opgenomen, p. 50; zie ook: Cass. 22 december 2009, P.09.0941.N.

⁴² Zie: Cass. 15 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1054, concl. DE SWAEF, M., *CDPK* 2004, 573, *RW* 2004-05, 1613, *TBP* 2005 (verkort), 190, *TMR* 2004, 438, *TROS* 2004 (weergave LINDEMANS, D.), 305, noot, *TROS* 2004, 234.