



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 62.979/1
van 20 maart 2018

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en
het Vlaamse Gewest ‘houdende de wijziging van het
Onroerenderfgoeddecreet van 12 juli 2013 naar aanleiding van
de ex-post evaluatie’

Op 12 februari 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Buitenlands Beleid en Onroerend Erfgoed verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest 'houdende de wijziging van het Onroerenderfgoeddecreet van 12 juli 2013 naar aanleiding van de ex-post evaluatie'.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 15 maart 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pierrot T'KINDT, auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 maart 2018.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond,¹ alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN DECREET

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt ertoe om diverse wijzigingen aan te brengen in het Onroerenderfgoeddecreet van 12 juli 2013. Deze wijzigingen gebeuren in hoofdzaak naar aanleiding van de evaluatie ex post die van het voornoemde decreet heeft plaatsgevonden en waarvan de resultaten worden weergegeven in de conceptnota “Aanpassing Onroerenderfgoeddecreet naar aanleiding van de ex-post evaluatie” (VR 2017 1407 DOC.0721/1TER)². Ook in het inleidende gedeelte van de memorie van toelichting bij het voorontwerp van decreet worden de beoogde aanpassingen opgesomd.

Benevens de wijzigingen die worden aangebracht in het Onroerenderfgoeddecreet naar aanleiding van de evaluatie ex post worden in hetzelfde decreet tevens een beperkt aantal technische onvolkomenheden rechtgezet.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

3. In het ontworpen artikel 2.1, 22°/1, van het Onroerenderfgoeddecreet (artikel 2, 2°, van het voorontwerp) is een definitie vervat van het begrip “datum van kennisgeving”. Afgezien van de vaststelling dat dit begrip slechts op één plaats voorkomt in het voornoemde decreet, namelijk in artikel 2.1, 20°, c), dat zelf een onderdeel is van de omschrijving van het begrip “beveiligde zending”, moet worden opgemerkt dat in de ontworpen bepaling niet zozeer een definitie wordt gegeven, als wel de verschillende wijzen worden vermeld waarop ten aanzien van de geadresseerde de termijnen die beginnen te lopen vanaf een kennisgeving, worden berekend. Dergelijke vermelding past niet in artikel 2.1 van het Onroerenderfgoeddecreet, dat uitsluitend uit definities bestaat, maar wordt beter in een autonome bepaling van het decreet opgenomen.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder rechtsgrond de overeenstemming met de hogere normen verstaan.

² In de betrokken nota worden ook de aanpassingen vermeld die op basis van de evaluatie ex post van het Onroerenderfgoeddecreet zullen worden aangebracht in onder meer het Onroerenderfgoedbesluit van 16 mei 2014. In de memorie van toelichting wordt in dat verband vermeld dat “[v]oor de noodzakelijke wijzigingen aan diverse besluiten (...) later een wijzigingsbesluit aan de Vlaamse Regering ter goedkeuring voorgelegd [wordt] na de plenaire bespreking en stemming in het Vlaams Parlement van het voorliggende wijzigingsdecreet”.

Artikel 10

4. Ter wille van een betere leesbaarheid en rekening houdend met de bespreking bij artikel 10 van het voorontwerp in de memorie van toelichting, kan worden overwogen om het ontworpen artikel 5.4.1, derde lid, 9°, van het Onroerenderfgoeddecreet (artikel 10, 7°, van het voorontwerp) te redigeren als volgt:

“indien de aanvraag geheel betrekking heeft op percelen met een oppervlakte van maximaal 5000 m² binnen het grondgebied van een erkende onroerenderfgoedgemeente, waarvoor de gemeenteraad in een gemeentelijk reglement heeft voorzien in een vrijstelling gebaseerd op onderzoek naar de archeologische situatie in de betrokken gemeente door een erkende archeoloog in dienst van die gemeente, en indien de aanvraag geen betrekking heeft op beschermde goederen of op percelen die geheel of gedeeltelijk zijn gelegen in een archeologische zone opgenomen in de vastgestelde inventaris van archeologische zones”.

Artikel 15

5. In het ontworpen artikel 5.4.6, § 2, van het Onroerenderfgoeddecreet wordt bepaald dat een aanvraag tot toelating om een archeologisch vooronderzoek met ingreep in de bodem uit te voeren, geacht wordt te zijn goedgekeurd bij gebreke van een tijdige beslissing over die aanvraag. Aldus wordt een beroep gedaan op het procedé van de impliciete goedkeuring.

Al kan dat procedé niet geheel worden afgekeurd wanneer de stilzwijgende beslissing in het voordeel van de betrokkene is, toch moet worden opgemerkt dat aan een stilzwijgende besluitvorming een aantal nadelen zijn verbonden. Zo is een dergelijk procedé niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid, al was het maar omdat een schriftelijke beslissing ontbreekt, wat tot bewijsproblemen aanleiding kan geven, en zal de stilzwijgende beslissing in beginsel niet op dezelfde wijze worden meegedeeld of bekendgemaakt als uitdrukkelijk genomen beslissingen, met alle gevolgen van dien voor de kenbaarheid en de aanvechtbaarheid van dergelijke stilzwijgende beslissingen. Meer bepaald houdt het procedé van de stilzwijgende beslissing daardoor ook grotere risico's in voor een schending van de belangen van derden die op een impliciete, maar daarom niet minder verstrekkende wijze, in het gedrang kunnen komen. Bovendien kan het procedé van de stilzwijgende beslissing in strijd komen met het algemeen belang, in zoverre een dergelijk procedé tot gevolg kan hebben dat impliciet beslissingen worden genomen zonder dat daarmee een zorgvuldige voorbereiding en afweging van alle betrokken belangen gepaard gaat. Ten slotte zijn die beslissingen uiteraard niet formeel gemotiveerd, wat de wettigheidscontrole erop kan bemoeilijken.

De stellers van het voorontwerp zullen erover oordelen of de regeling die op dat punt is vervat in het ontworpen artikel 5.4.6, § 2, van het Onroerenderfgoeddecreet, niet het best wordt aangepast in het licht van hetgeen voorafgaat.

6. Nog in het ontworpen artikel 5.4.6, § 2, van het Onroerenderfgoeddecreet wordt bepaald dat een “gemotiveerde beslissing” over de *sub* 5 vermelde aanvraag tot toelating wordt bezorgd aan de erkende archeoloog, waarin de toepasselijke voorwaarden voor die toelating worden vermeld.

Het voorschrift van een dergelijke “gemotiveerde beslissing” lijkt weinig coherent ingeval toepassing wordt gemaakt van het procedé van de impliciete goedkeuring. Daarenboven wordt een dergelijke explicitering van het gemotiveerde karakter van de desbetreffende beslissing beter achterwege gelaten voor zover ermee wordt bedoeld op de verplichting om die beslissing formeel te motiveren. Een dergelijke explicitering is immers tegelijk overbodig en misleidend. Zij is overbodig omdat de beslissing over de aanvraag tot toelating onder de toepassing valt van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de verplichting tot formele motivering van de beslissing reeds uit die wet voortvloeit. Zij is misleidend omdat ermee de indruk wordt gewekt dat de formele motiveringsverplichting niet bestaat zonder dat zij bij het ontworpen artikel 5.4.6, § 2, van het Onroerenderfgoeddecreet wordt voorgeschreven.

Tenzij een bijzondere motiveringsverplichting zou worden beoogd die verder reikt dan hetgeen wordt vereist door de wet van 29 juli 1991, in welk geval de inhoud van die plicht moet worden gepreciseerd, dienen de referenties aan de motiveringsverplichting te worden weggelaten in het ontworpen artikel 5.4.6, § 2, van het Onroerenderfgoeddecreet.

Artikel 20

7. De tweede zin van het ontworpen artikel 5.4.9, eerste lid, van het Onroerenderfgoeddecreet wordt – rekening houdend met het bepaalde in de eerste zin van dat lid – beter geredigeerd als volgt: “In bevestigend geval neemt het agentschap of in voorkomend geval de erkende onroerenderfgoedgemeente akte van de melding”.

De redactie van het ontworpen artikel 5.4.13, eerste lid, tweede zin (artikel 24 van het voorontwerp) en het ontworpen artikel 5.4.17, eerste lid, tweede zin, van het Onroerenderfgoeddecreet (artikel 28 van het voorontwerp), dient op een soortgelijke wijze te worden aangepast.

8. In het ontworpen artikel 5.4.9, tweede lid, van het Onroerenderfgoeddecreet wordt onder meer bepaald dat het agentschap of in voorkomend geval de erkende onroerenderfgoedgemeente bij overschrijding van de termijn om de meldingsakte te bezorgen of ter beschikking te stellen aan de initiatiefnemer en de erkende archeoloog, wordt geacht akte te hebben genomen van de archeologienota.

Uit het ontworpen artikel 5.4.9 van het Onroerenderfgoeddecreet valt af te leiden dat een melding van een archeologienota aanleiding geeft tot een inhoudelijke kwaliteitsbeoordeling (toetsing aan de code van goede praktijk) door de daarvoor bevoegde bestuurlijke overheid. Die beoordeling is discretionair van aard (vereiste van “adequate omgang met het archeologisch erfgoed” en “nuttige kenniswinst”). Zij kan ertoe leiden dat akte wordt genomen van de melding, maar kan ook minder eenduidig gunstig uitvallen, doordat voorwaarden worden gekoppeld aan de akteneming, of zij kan zelfs uitmonden in een weigering om akte te nemen. Elk van die uitkomsten kan het voorwerp uitmaken van een georganiseerd administratief beroep bij de Vlaamse Regering. Een effectieve akteneming geldt als toelating voor de in de archeologienota omschreven archeologische opgraving bij overeenstemming van de

in die nota vermelde werken met de stedenbouwrechtelijk vergunde werken waarvoor de nota is opgemaakt.

De al dan niet voorwaardelijke akteneming van de melding van een archeologienota en de weigering van akteneming komen aldus neer op handelingen waarbij het betrokken bestuursorgaan mede vanuit beleidsmatig oogpunt een recht verleent of ontzegt. Een dergelijke handeling kan bijgevolg niet worden gelijkgesteld met een loutere vaststelling van een welomschreven toestand die buiten de bestuurlijke appreciatiemacht valt, zoals wel het geval is bij aktenemingen verbonden met diverse andere meldingshandelingen.³

Vraag is of de draagwijdte van de beoogde akteneming ter wille van de rechtszekerheid niet op een meer duidelijke en expliciete wijze tot uitdrukking moet worden gebracht in de tekst van de ontworpen bepaling en of niet, meer in overeenstemming met de terminologie die voorkomt in andere bepalingen van het voorontwerp, dient te worden bepaald dat de akteneming een eigenlijke “toelating” inhoudt voor de in de archeologienota omschreven archeologische opgraving.

Afgezien daarvan lijkt de opmerking die in dit advies *sub* 5 is geformuleerd in verband met het gebruik van het procedé van de impliciete goedkeuring ook te moeten worden betrokken op de regeling van de melding van de archeologienota in het ontworpen artikel 5.4.9 van het Onroerenderfgoeddecreet en inzonderheid op het bepaalde in de derde zin van het tweede lid van dat artikel.

Dezelfde conclusie dringt zich op voor de overeenstemmende bepalingen in het ontworpen artikel 5.4.13, tweede lid (artikel 24 van het voorontwerp) en het ontworpen artikel 5.4.17, tweede lid, van het Onroerenderfgoeddecreet (artikel 28 van het voorontwerp).

Artikelen 32 en 33

9. De redactie van het ontworpen opschrift van hoofdstuk 5, afdeling 4, onderafdeling 10, en van het ontworpen artikel 5.4.22, eerste lid, van het Onroerenderfgoeddecreet (respectievelijk de artikelen 32 en 33 van het voorontwerp), vertoont een gebrek aan consistentie wat de verwijzing naar de “meldingen” en de “toelatingen” betreft. Bij de omschrijving van de betrokken databank wordt in het ontworpen opschrift het woord “meldingen” vervangen door het woord “toelatingen”, terwijl in de inleidende zin van het ontworpen artikel 5.4.22, eerste lid, wordt verwezen naar zowel “toelatingen” als “meldingen”. In punt 1° van hetzelfde lid wordt het woord “meldingen” dan weer vervangen door de woorden “aanvragen tot toelating”, maar wordt tegelijk verwezen naar het ontworpen artikel 5.4.14 (artikel 25 van het voorontwerp), dat lijkt uit te gaan van een “melding” (“meldt”). De voornoemde bepalingen zouden op een meer coherente wijze gebruik moeten maken van de termen “meldingen” en “toelatingen” en dienen daartoe te worden aangepast.

³ Te denken valt bijvoorbeeld aan de meeste milieumeldingen onder de gelding van het decreet van 28 juni 1985 ‘betreffende de milieuvergunning’ en aan de stedenbouwkundige melding zoals ze oorspronkelijk was geregeld in artikel 4.2.2 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening.

Artikel 35

10. In de inleidende zin van artikel 35 van het voorontwerp moet de zinsnede “, toegevoegd bij artikel 36,” worden vervangen door de zinsnede “, toegevoegd bij artikel 34,”.

Artikel 37

11. De wijzigingen die artikel 37 van het voorontwerp beoogt aan te brengen in artikel 6.1.3 van het Onroerendergoeddecreet blijven niet beperkt tot het eerste lid van die bepaling. In de inleidende zin van artikel 37 van het voorontwerp moet derhalve de zinsnede “In artikel 6.1.3, eerste lid, van hetzelfde decreet” worden vervangen door de zinsnede “In artikel 6.1.3 van hetzelfde decreet”.

12. Luidens de inleidende zin van artikel 37, 2°, van het voorontwerp, worden “een derde en vierde lid” toegevoegd aan artikel 6.1.3 van het Onroerendergoeddecreet. De ontworpen wijziging houdt evenwel slechts de toevoeging van één enkel lid in. Gelet op de opheffingsbepaling in artikel 37, 1°, van het voorontwerp, lijkt de laatste zin van de ontworpen bepaling onder artikel 37, 2°, te moeten worden opgenomen in een afzonderlijk vierde lid van het voornoemde artikel 6.1.3.

13. De stellers van het voorontwerp dienen na te gaan of de toevoeging van leden aan artikel 6.1.3 van het Onroerendergoeddecreet niet tevens ertoe leidt dat nog andere bepalingen van dat decreet moeten worden gewijzigd. Dit is alvast het geval voor artikel 6.1.8 van het Onroerendergoeddecreet, waarin nu nog wordt gerefereerd aan “artikel 6.1.3, tweede lid,” van het decreet als er overeenkomstig die bepaling “omwille van dringende noodzakelijkheid geen voorafgaand advies werd gevraagd”.

Artikel 44

14. In tegenstelling tot wat het geval is in de paragrafen 1 en 3 van het ontworpen artikel 6.2.3 van het Onroerendergoeddecreet, wordt in paragraaf 2, eerste lid, van dat artikel, voor de specifieke procedure die moet worden gevolgd om een besluit tot definitieve bescherming te wijzigen in geval van verplaatsing van het goed dat het voorwerp is van dat besluit, mede verwezen naar artikel 6.1.3 van het decreet. De steller van het voorontwerp doet er goed aan om na te gaan of die verwijzing niet met zich meebrengt dat in het ontworpen artikel 6.2.3, § 2, eerste lid, tevens moet worden verwezen naar artikel 6.1.8, waarvan de toepassing immers samenhangt met het ontworpen artikel 6.1.3 van het Onroerendergoeddecreet in zoverre daarin wordt bepaald dat aan de betrokken verplichtingen kan worden voorbijgegaan in geval van dringende noodzakelijkheid (zie ook de opmerking *sub* 13).

15. Nog in het licht van de verwijzing naar artikel 6.1.3 en gelet op het gegeven dat in het ontworpen derde lid van dat artikel (artikel 37, 2°, van het voorontwerp) als referentiepunt voor de vaststelling van de ten aanzien van zakelijkrechthouders geldende termijn de

“kennisgeving” van een mededeling aan laatstgenoemden wordt vermeld, rijst de vraag of het wel consistent is om in het derde en het vierde lid van het ontworpen artikel 6.2.3, § 2, van het Onroerenderfgoeddecreet de “ontvangst” van de adviesvraag te hanteren als referentiepunt.

Bovendien wordt met betrekking tot die adviesaanvraag aan het einde van voormeld derde en vierde lid van het ontworpen artikel 6.2.3, § 2, duidelijkshalve beter verwezen naar “het tweede lid”, in plaats van naar “artikel 6.1.3”. In het ontworpen artikel 6.2.3, § 2, tweede lid, wordt immers specifiek van de beoogde adviesaanvraag melding gemaakt.

Artikel 49

16. De inleidende zin van artikel 49 van het voorontwerp wordt beter geredigeerd als volgt:

“In hoofdstuk 6, afdeling 2, onderafdeling 3, van hetzelfde decreet, gewijzigd bij het decreet van 15 juli 2016, wordt een artikel 6.2.8 ingevoegd, dat luidt als volgt:”

17. In paragraaf 1, derde lid, van het ontworpen artikel 6.2.8 van het Onroerenderfgoeddecreet schrijve men “een toelating of vergunning voor de ontmanteling, verplaatsing en de heroprichting van het onroerend goed” (niet: “een toelating of vergunning voor de ontmanteling en de verplaatsing”).⁴

Voorts lijkt, gelet op het bepaalde in het ontworpen artikel 6.2.8, § 1, tweede lid, van het Onroerenderfgoeddecreet, aan het einde van het derde lid van dezelfde ontworpen paragraaf het best te worden geschreven “de termijnen, vermeld in artikel 6.1.9 en eventueel verlengd overeenkomstig het tweede lid” (niet: “de termijnen, vermeld in artikel 6.1.9”). Indien op deze suggestie wordt ingegaan, dient aan het einde van het ontworpen artikel 6.2.8, § 2, eerste lid, 1^o, van het voornoemde decreet, te worden geschreven “de termijnen, vermeld in artikel 6.1.9 en eventueel verlengd overeenkomstig paragraaf 1, tweede lid” (niet: “de termijnen, vermeld in artikel 6.1.9”).

Artikel 50

18. Ter wille van de eenvormigheid schrijve men in het ontworpen 6.4.7, derde lid, van het Onroerenderfgoeddecreet “een besluit tot definitieve bescherming” (niet: “het definitieve beschermingsbesluit”).⁵

⁴ Zie het ontworpen artikel 6.2.8, § 2, eerste lid, 1^o, van het Onroerenderfgoeddecreet.

⁵ Zie de ontworpen artikelen 6.1.16, tweede lid, 6.2.3, §§ 1, 2, eerste en zesde lid, en 3, 6.2.7, *partim*, en 6.2.8, § 1, van het Onroerenderfgoeddecreet (artikelen 42, 44, 48 en 49 van het voorontwerp).

Artikel 57

19. Men late de inleidende zin van artikel 57 van het voorontwerp aanvangen als volgt: “Aan hoofdstuk 10, afdeling 4, van hetzelfde decreet, ingevoegd bij het decreet van 15 juli 2016, wordt ...”.

Artikel 63

20. In de inleidende zin van artikel 63 van het voorontwerp schrijve men dat hoofdstuk 12, afdeling 3, van het Onroerendergoeddecreet is gewijzigd “bij de decreten van 25 april 2014, 3 juli 2015 en 15 juli 2016” (niet: “bij de decreten van 3 juli 2015 en 15 juli 2016”).

Artikel 64

21. Aan het begin van artikel 64 van het voorontwerp schrijve men “In onderafdeling 11, toegevoegd bij artikel 63, wordt een artikel 12.3.21 ingevoegd, ... “ (niet: “toegevoegd bij artikel 56”).⁶

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME

⁶ Aan het einde van de inleidende zin van artikel 65 van het voorontwerp wordt dan eveneens het woord “toegevoegd” het best vervangen door het woord “ingevoegd”.