

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.806/1
VAN 7 JULI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 5 juni 2009 door de Vlaamse minister van Financiën en Begroting en Ruimtelijke Ordening verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 17 juli 2009, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering "betreffende het as-builtattest en de validering daarvan", heeft het volgende advies gegeven:

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 alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

* *

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Artikel 4.2.7, eerste lid, van de Vlaamse codex ruimtelijke ordening (hierna ook: de codex), die in werking treedt op 1 september 2009, omschrijft een as-builtattest als "een attest waarin wordt verklaard dat handelingen betreffende de constructie of een gebouwencomplex niet of slechts marginaal afwijken van de plannen die het voorwerp uitmaken van de stedenbouwkundige vergunning of de melding".

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe nadere regels vast te stellen met betrekking tot het tijdsplan voor de invoering van het attest en de afwijkingen op de aanvraagverplichting (zie de artikelen 1 tot 3 van het ontwerp), de "attestatoren" (artikelen 4 en 5), het afgeven van de attesten (artikelen 6 tot 9), het advies van het college van burgemeester en schepenen over het marginaal karakter van afwijkingen (artikel 10) en de validering van de attesten (artikel 11).

2. Als rechtsgrond wordt in de aanhef van het ontwerp verwezen naar artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen (zie het eerste lid van de aanhef) en naar de artikelen 4.2.8, 4.2.12 en 4.2.13 van de Vlaamse codex ruimtelijke ordening (tweede lid).

Die laatste artikelen, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, strekken de meeste bepalingen van het ontwerp tot rechtsgrond.

Er rijzen evenwel, op het vlak van de rechtsgrond, een aantal problemen.

.../...

2.1. Uit artikel 4.2.12, § 2, van de codex blijkt dat een as-builtontest verplicht moet worden aangevraagd (1) door de verkrijger van een stedenbouwkundige vergunning betreffende een constructie en (2) door de persoon die het eigendomsrecht of overige zakelijke rechten op een constructie overdraagt, doch dat de Vlaamse Regering afwijkingen op de aanvraagverplichting kan bepalen "rekening houdend met de eventuele aanwezigheid van een reeds eerder aangevraagd as-builtontest, de ruimtelijke impact van de betrokken constructie of de aard van de overgedragen zakelijke rechten". In artikel 4.2.12, § 1, van de codex wordt voorzien in de mogelijkheid ("kan") om een as-builtontest te vragen voor de eigenaar van een constructie en voor de overdrager of overnemer van zakelijke of persoonlijke rechten ten aanzien van een constructie.

In artikel 1, § 1, tweede lid, van het ontwerp wordt echter bepaald dat de verplichting om een as-builtontest aan te vragen ook geldt ingeval geen vergunning vereist is doch een aanmelding volstaat (namelijk voor "[d]e persoon die handelingen, vermeld in artikel 4.2.1, 1/ van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, waarvoor de medewerking van een architect is vereist, aanmeldt"). In de codex blijkt daarvoor geen rechtsgrond voorhanden te zijn.

Daarover ondervraagd heeft de gemachtigde het volgende medegedeeld:

"In dat verband dient eerstens het volgende te worden gesteld:

- een melding is geen "vrijstelling" van vergunning, doch een "vergunning-light", zulks blijkt art. 4.2.2, § 1, eerste lid, van de codex, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de vergunningplicht "vervangen" wordt door een verplichte melding
- een melding voor werken waarvoor de medewerking van een architect is vereist, wordt gelijkgesteld met een vergunning conform art. 4.2.2, § 6, tweede zin, van de codex, alwaar bepaald wordt dat een melding een "voorafgaande toelating tot bouwen" uitmaakt in de zin van art. 4 van de Architectenwet
- een melding wordt inderdaad juridisch gelijkgesteld met een vergunning : zij geldt niet alleen, zoals gesteld, "ter vervanging" van vergunningen (art. 4.2.2, § 1, eerste lid, van de codex), maar zij wordt voorts ingeschreven in het vergunningenregister (art. 5.1.2, § 1, tweede lid, 6/, van de codex) en zij wordt zelfs uitdrukkelijk gelijkgeschakeld met vergunningen voor de toepassing van de sectorwetgeving (art. 4.2.2, § 6, eerste zin, van de codex).

.../...

Zo art. 4.2.1¹, § 2, eerste lid, 1/, van de codex, in weerwil van de hierboven aangehaalde elementen, toch niet geacht zou kunnen worden een rechtstreekse machtiging te vormen voor de vaststelling van een verplichting tot het aanvragen van een as-builtattest voor meldingsplichtige werken waarvoor de medewerking van een architect is vereist, dan kan gewezen worden op het feit dat voormelde bepaling een "indirecte" machtiging daartoe kan inhouden in samenlezing met (het tevens in de aanhef vermelde) art. 20 B.W.H.I., dat de regering machtigt om uit de algemene economie van het decreet gevolgtrekkingen af te leiden die daaruit op natuurlijke wijze voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van het decreet ten grondslag heeft gelegen.

Men zal hier inzonderheid wijzen op een belangrijke ratio van het as-builtattest, zoals specifiek verduidelijkt door de Hoge Raad voor het Herstelbeleid in zijn advies over het ontwerpdecreet dat uiteindelijk het Aanpassings- en aanvullingsdecreet RO van 27/03/2009 geworden is: "De Hoge Raad voor het Herstelbeleid is van oordeel dat het beschikken als titularis van een goed over een - in het geval van marginale afwijkingen nadien op de door het decreet bepaalde wijze gevalideerd - as-builtattest, met zich meebrengt dat dient te worden aangenomen dat de kwestieuze constructie ab initio werd opgericht conform aan de vergunde of aangemelde plannen, zodat er nooit sprake was van een stedenbouwkundig misdrijf uit hoofde van enige niet conforme uitvoering" (*Parl. St.*, VI. Parl., 2008-'09, 2011/1, 629).

Uit deze ratio, deze "geest", kan logischerwijs, mede in het licht van het gelijkheidsbeginsel, de gevolgtrekking worden afgeleid dat dergelijke voornamen waarborg niet mag worden onthouden aan "substantiëlere" (want aan de medewerking van een architect onderworpen) gemelde werken, door de as-builtattestering louter aan de vrijwilligheid over te laten".

Vergunningsplicht en meldingsplicht zijn wezenlijk andere rechtsfiguren: een vergunning is een toelating van overheidswege die vooraf moet worden verkregen, terwijl bij meldingsplicht geen officiële toelating vereist is. Als de decreetgever het in artikel 4.2.12, § 2, eerste lid, 1/, van de codex heeft over "stedenbouwkundige vergunning" kan hij niet worden geacht daarmee ook meldingsplichtige stedenbouwkundige activiteiten te hebben bedoeld.

Dat sluit natuurlijk niet uit dat de decreetgever beide rechtsfiguren soms gelijk kan stellen, zoals het geval is in de door de gemachtigde aangehaalde gevallen. In artikel 4.2.2, § 6, van de codex gebeurt dat "voor de toepassing van regelgeving binnen andere beleidsvelden dan de ruimtelijke ordening" en voor de toepassing van artikel 4 van de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van den titel en van het beroep van architect.

⁽¹⁾ Lees: artikel 4.2.12.

Artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 biedt evenmin een oplossing. Voormeld artikel 20 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 draagt de regering weliswaar op de verordeningen te maken en de besluiten te nemen die voor de uitvoering van de decreten nodig zijn, doch zij dient dit te doen zonder ooit de decreten zelf te mogen schorsen of vrijstelling van hun uitvoering te mogen verlenen. Al komt het de regering op grond van het voornoemde artikel toe uit het beginsel van het decreet en zijn algemene economie, de gevolgtrekkingen af te leiden die daaruit op natuurlijke wijze voortvloeien volgens de geest die aan de opvatting van het decreet ten grondslag heeft gelegen en volgens de doelstellingen die het decreet nastreeft, bij het uitoefenen van die bevoegdheid kan de regering de draagwijdte van het decreet niet verruimen, noch beperken ². De door de gemachtigde voorgestane interpretatie gaat in dit geval in tegen de letter van het decreet, vermits de codex de verplichting enkel koppelt aan de verkrijger van een stedenbouwkundige vergunning.

Gelet daarop is het besluit dat voor artikel 1, § 1, tweede lid, van het ontwerp de codex geen rechtsgrond biedt.

2.2. Uit artikel 4.2.12, § 2, eerste lid, 2/, van de codex volgt dat niet enkel de persoon die het eigendomsrecht van een constructie overdraagt, doch ook de persoon die andere zakelijke rechten op een constructie overdraagt, verplicht is een as-builtattest aan te vragen, al kan de Vlaamse Regering, op grond van het tweede lid van hetzelfde artikel, afwijkingen bepalen.

Uit artikel 2 van het ontwerp blijkt impliciet dat overdragers van andere zakelijke rechten vrijgesteld worden van de verplichting om een as-builtattest aan te vragen. De lineaire vrijstelling voor die categorie spoort echter niet met de elementen die de decreetgever daarbij naar voor heeft geschoven (zie artikel 4.2.12, § 2, tweede lid, van de codex) en op grond waarvan eventueel tot het vrijstellen kan worden besloten. Voor die algemene vrijstelling kan derhalve geen rechtsgrond worden gevonden in artikel 4.2.12, § 2, van de codex.

⁽²⁾ Zie o.m. Cass. 18 november 1924, *Pas.* 1925, I, 25; Cass. 27 februari 1990, *Arr. Cass.* 1989-1990, 848.

2.3. Ook voor de vrijstelling in artikel 2, eerste lid, 3/, van het ontwerp, lijkt geen rechtsgrond voorhanden. Het vrijstellen van de verplichting een as-buittattest te vragen met betrekking tot "[b]estaande constructies waarvoor door enig rechtens toegelaten bewijsmiddel wordt aangetoond dat ze gebouwd werden vóór 22 april 1962"³ vereist een tussenkomst van de decreetgever.

2.4. In artikel 5, § 1, tweede lid, en in artikel 6, eerste, tweede en vierde lid, van het ontwerp worden verplichtingen opgelegd aan RO-Vlaanderen, een intern verzelfstandigd agentschap zonder rechtspersoonlijkheid, en aan de leidend ambtenaar van het departement Ruimtelijke Ordening, Woonbeleid en Onroerend Erfgoed, een onderdeel van het Vlaams ministerie van Ruimtelijke Ordening, Woonbeleid en Onroerend Erfgoed.

Daarvoor dient rechtsgrond te worden gezocht in artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980. Van die bepaling zal dan ook melding moeten worden gemaakt in de aanhef van het ontwerp.

2.5. Artikel 7 van het ontwerp stelt dat de attestator in bepaalde gevallen inlichtingen over het statuut van de constructie moet inwinnen bij de gemeenten. Alhoewel daarmee niet rechtstreeks verplichtingen aan de gemeenten worden opgelegd, volgt uit de bepaling toch dat de gemeenten verplicht zijn daaraan hun medewerking te verlenen nl. om de hun "bekende gegevens op het vlak van bestaande bouwplannen, eventuele vastgestelde stedenbouwkundige misdrijven en het eventuele bestaan van een vermoeden van vergunning" mede te delen.

Het is niet duidelijk wat de decretale rechtsgrond daarvoor is ⁴. De gemachtigde verwijst in dit verband naar artikel 4.2.13, § 1, inleidende zin, van de codex, waaruit volgt dat de Vlaamse Regering de nadere materiële, methodologische en procedurele regelen bepaalt voor de toepassing van de regels in verband met het as-buittattest, doch die machtiging laat niet toe om verplichtingen aan gemeenten op te leggen.

⁽³⁾ D.w.z. de datum waarop de wet van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw in werking is getreden.

⁽⁴⁾ Vergelijk met artikel 4.2.13, § 2, van de codex.

2.6. Artikel 4.2.13, § 2, eerste lid, van de codex verleent de Vlaamse Regering de bevoegdheid om te bepalen in welke gevallen en op welke wijze het college van burgemeester en schepenen (of zijn gemachtigde) gevraagd kan worden om "lopende de werkzaamheden" een advies uit te brengen over het al dan niet marginaal karakter van afwijkingen van de vergunde (of gemelde) plannen.

Daaraan wordt uitvoering gegeven met artikel 10 van het ontwerp. In plaats van die gevallen en de wijze in het betrokken artikel te bepalen, wordt in het tweede lid van artikel 10 gesteld dat de gemeenteraad "de gevallen waarin en de wijze waarop een aanvraag voor dergelijk voorafgaand advies verricht kan worden evenwel (kan) omschrijven en beperken in een gemeentelijk reglement".

Daarvoor kan echter geen rechtsgrond worden gevonden in artikel 4.2.13, § 2, eerste lid, van de codex, dat immers geen ruimte laat om bevoegdheden aan de gemeenteraad toe te wijzen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

Gelet op wat over de rechtsgrond is opgemerkt zal in het eerste lid van de aanhef ook naar artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 moeten worden verwezen.

Artikel 1

In artikel 1, § 2, van het ontwerp wordt bepaald dat de verplichte aanvragen bedoeld in paragraaf 1 moeten worden verricht "binnen een ordetermin van negentig dagen".

Het nut van het opleggen van een louter indicatieve termijn is onduidelijk. Wie de verplichting immers nog niet heeft nageleefd, zal er alsnog kunnen aan voldoen, vermits er geen dwingende termijn wordt opgelegd.

.../...

Artikel 2

1. In artikel 2 van het ontwerp wordt de verplichting om een as-builtattest aan te vragen gelinkt aan de "verkoper van een constructie", terwijl in artikel 4.2.12, § 2, eerste lid, 2/, van de codex sprake is van de "persoon die het eigendomsrecht (...) overdraagt". Die laatste omschrijving is ruimer en impliceert niet enkel de verkoop doch bijvoorbeeld ook de ruil of schenking. In die zin spoort het ontwerp niet met de decretale regels.

Het is echter af te raden om regels uit een hogere norm in een lagere norm over te nemen, omdat daardoor verwarring kan ontstaan met betrekking tot de precieze juridische aard van het voorschrift en later uit het oog kan worden verloren dat alleen de decreetgever de betrokken bepaling kan wijzigen.

Gelet op het gegeven dat artikel 4.2.12, § 2, van de codex de Vlaamse Regering enkel opdraagt het tijdstip te bepalen vanaf wanneer de verplichting ingaat, alsook eventueel vrijstellingen te bepalen, kan de ontworpen bepaling beter tot die elementen worden beperkt.

2. Het tweede lid van artikel 2 dient in zijn geheel te worden geschrapt.

De eerste zin van het betrokken lid is niets meer dan een parafrasering van verplichtingen die reeds blijken uit de erin vermelde artikelen 5.2.1, § 1, eerste lid, 6/, en 5.2.5, eerste lid, van de codex ⁵. De toegevoegde waarde ervan is onduidelijk.

In artikel 2, tweede lid, tweede zin, wordt bepaald dat onderhandse en authentieke verkoopsakten kunnen vermelden dat de verkoop gesloten wordt onder opschortende voorwaarde van het verkrijgen van een gevalideerd as-builtattest. Daarmee wordt bevestigd wat in het algemeen reeds volgt uit artikel 1584, eerste lid, van het

⁽⁵⁾ De betrokken bepalingen van de codex houden echter veel meer verplichtingen in dan in artikel 2, tweede lid, van het ontwerp tot uiting wordt gebracht. Ze gelden bijvoorbeeld eveneens voor akten van verhuring van een onroerend goed voor meer dan 9 jaar.

Burgerlijk Wetboek ⁶, namelijk dat een koop ook onder opschortende voorwaarde kan worden aangegaan. Het staat evenwel niet aan de Vlaamse Regering om een regel te bevestigen die de federale wetgever heeft uitgevaardigd.

Artikel 3

Artikel 4.2.12, § 1, van de codex machtigt de Vlaamse Regering alleen om te bepalen vanaf welke datum (vrijwillig) een as-builtattest kan worden aangevraagd door de eigenaar van een constructie of door de overdrager of de overnemer van zakelijke of persoonlijke rechten ten aanzien van een constructie. Aangezien het, om de redenen die reeds bij de bespreking van artikel 2 zijn vermeld, is af te raden om de decretale bepalingen in artikel 3 van het ontwerp over te nemen, wordt voorgesteld dat artikel als volgt te stellen:

"De mogelijkheid om vrijwillig een as-builtattest op grond van artikel 4.2.12, § 1, van de codex aan te vragen, geldt vanaf 1 juni 2012".

Artikel 4

1. Het regelen van de toegang tot het beroep van architect is een zaak van de federale overheid. De regeling daarvoor is te vinden in de wet van 20 februari 1939. Aangezien als gevolg van in die wet opgenomen gelijkstellingsregelingen - onder meer in het kader van de Europese Unie en de Europese Economische Ruimte - ook andere opleidingstitels dan 'architect' kunnen worden gebruikt en vermits ook sommige andere categorieën gemachtigd zijn om dat beroep uit te oefenen, wordt, om geen twijfel te laten bestaan dat ook deze gelijkgestelden worden bedoeld, ter overweging gegeven om artikel 4, § 1, van het ontwerp als volgt te redigeren:

⁽⁶⁾ Cf. ook de artikelen 1181 en 1182 van het Burgerlijk Wetboek.

"Al wie op grond van de wet van 20 februari 1939 op de bescherming van den titel en van het beroep van architect in België het beroep van architect mag uitoefenen, wordt van rechtswege erkend om as-builtattesten af te leveren, hierna attestator genoemd".

In de navolgende bepalingen van het ontwerp vervange men vervolgens telkens het woord "architect" door het woord "attestator".

2. Gelet op de bevoegdheid terzake van de federale overheid, dienen in artikel 4, § 2, tweede lid, van het ontwerp de woorden "Onverminderd de voorschriften van de plichtenleer voor het beroep van architect" geschrapt te worden. Het staat immers niet aan de Vlaamse Regering om federale regels ⁷ te bevestigen.

3. Uit artikel 4, § 2, tweede lid, volgt de verplichting om bij het uitvoeren van attesteringsopdrachten "een kwaliteitszorgsysteem" te volgen. Gevraagd welk kwaliteitszorgsysteem is bedoeld, antwoordde de gemachtigde wat volgt:

"Informatief geef ik eerst mee dat de Orde van Architecten nauw zal worden betrokken bij de implementatie van het ontwerpbesluit en bij de opmaak van het operationeel beoordelingskader ex art. 6 van het ontwerpbesluit.

Bij de redactie van de tekst is uitgegaan van de idee dat in de schoot van de Orde van Architecten een beperkt corpus van kwaliteitszorgmaatregelen inzake attestering wordt vastgelegd, dat dan zal dienen als aanvulling op de deontologie van de architect (mede gelet op het feit dat deze deontologie in beginsel tot het federale bevoegdheidsdomein behoort). Ik verwijs naar de gelijkaardige werkwijze die gehuligd wordt bij de architecten die betrokken zijn bij het gerechtelijk of privaat deskundigenonderzoek: ook voor deze specifieke functie van architecten zijn aanvullende richtlijnen op de algemene deontologie uitgewerkt: <http://www.ncdab.be/deontologie.phtml>.

Los van het voorgaande is het zo dat heel wat architectenkantoren vandaag reeds een kwaliteitszorgsysteem hanteren dat gebaseerd is op de ISO-9001-norm (en vaak al ISO-9001-gecertificeerd zijn)".

⁽⁷⁾ Zie het koninklijk besluit van 18 april 1985 tot goedkeuring van het door de Nationale Raad van de Orde der Architecten vastgestelde Reglement van beroepsplichten.

Wat er ook van zij, uit de ontworpen regeling blijkt enkel dat wie een attesteringsopdracht uitvoert een (vrij te kiezen) kwaliteitszorgsysteem moet volgen, doch een kwaliteitszorgsysteem dat waarborgt "dat as-buittattesten geen onjuiste opgaven bevatten en in overeenstemming zijn met de Vlaamse Codex en het operationeel beoordelingskader, vermeld in artikel 6 [van het ontwerp]". Er blijkt geenszins uit dat het door de Orde van Architecten gebeurlijk daartoe vastgelegde beperkt corpus van maatregelen inzake attestering dient te worden gevolgd.

4. In artikel 4, § 3, van het ontwerp wordt bepaald dat de Vlaamse Regering het van rechtswege erkend zijn ongedaan kan maken ("intrekken") indien een attestator "de beoordelingswijze, voorgeschreven door artikel 4.2.7 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening en het operationeel beoordelingskader, vermeld in artikel 6, manifest naast zich neerlegt". Het niet naleven van de voorschriften opgenomen in artikel 4, § 2, van het ontwerp, wordt echter blijkbaar niet gesanctioneerd.

Artikel 5

Voor artikel 5 van het ontwerp kan worden verwezen naar hetgeen bij artikel 4 is opgemerkt.

Artikel 9

1. In artikel 9, § 1, van het ontwerp dienen de woorden "of retributie" geschrapt te worden vermits het niet om een retributie kan gaan.

2. In artikel 9, § 2, van het ontwerp is sprake van "de gezondheidsindex".

Het gezondheidsindexcijfer is geen geëigend juridisch begrip: de term verwijst naar het prijsindexcijfer dat berekend en benoemd wordt voor de toepassing van artikel 2 van het koninklijk besluit van 24 december 1993 ter uitvoering van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen, bekrachtigd bij de wet van 30 maart 1994 houdende sociale bepalingen. Zulks dient in de ontworpen bepaling te worden gepreciseerd.

Inwerkingtreding

Het ontwerp bevat geen bepaling met betrekking tot de inwerkingtreding van de nieuwe regeling en dit ondanks het feit dat de rechtsgrondbepalingen pas op 1 september 2009 in werking treden. Dat betekent dat de ontworpen regels niet vóór die datum uitwerking mogen krijgen. Daarom zal het besluit, in voorkomend geval, aangevuld moeten worden met een bepaling tot inwerkingtreding, hetzij op 1 september 2009, hetzij op een latere datum.

Bijlagen

Niet enkel in de formule onderaan de bijlage doch ook in het opschrift ervan moet worden aangegeven dat het om een bijlage gaat en moet het nummer ervan vermeld worden ⁸.

⁽⁸⁾ *Beginselen van de wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, Raad van State, 2008, nr. 172, te raadplegen op de internetsite van de Raad van State (www.raadvst-consetat.be).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX, L. DENYS,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. G. SCHEPPERS, auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME