

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.641 van 6 december 2012
in de zaak A. 203.053/XII-6789**

In zake: de VZW ARTEVELDEHOGESCHOOL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Bergé en Justin Simenon
kantoor houdend te 3000 Leuven
Naamsestraat 165
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 december 2011, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 3 november 2011 van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, waarbij “[h]et beroepschrift van [A.J.] dd. 6 oktober 2011 tegen de weigeringsbeslissing van de Arteveldehogeschool te Gent om een aantal documenten openbaar te maken [...] als ontvankelijk en, onder voorbehoud van de toepassing van minstens artikel 13, 2° van het decreet van 26 maart 2004, als gegrond [wordt] beschouwd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Jurgen Neuts heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 november 2012.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jan Bergé, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Anna Bracke, die *loco* advocaat Patrick Devers verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Jurgen Neuts heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten en relevante regelgeving

3.1. Verzoekster is een gesubsidieerde vrije onderwijsinstelling.

In het kader van de aanstelling van een personeelslid vraagt een niet aangestelde kandidaat -A.J.- op 16 augustus 2011 om “afschrift te verlenen van zijn volledig dossier in verband met zijn sollicitatie voor lector juridische opleidingsonderdelen bij de Hogeschool, alsook van de kandidatuurstelling van de kandidaat die uiteindelijk werd weerhouden voor de functie”.

Die vraag wordt op 6 september 2011 afgewezen.

Op 6 oktober 2011 dient A.J. tegen die weigering een beroep in bij de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie (hierna: de beroepsinstantie) op grond van het decreet van

26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna ook: het openbaarheidsdecreet).

Op 3 november 2011 beslist de beroepsinstantie dat beroep “ontvankelijk en, onder voorbehoud van de toepassing van minstens artikel 13, 2° van het decreet van 26 maart 2004, als gegrond [te beschouwen]”. Over de vraag of verzoekster voor de betrokken zaak onderworpen is aan het openbaarheidsdecreet, oordeelt de beroepsinstantie in de bestreden beslissing als volgt:

“Overwegende dat de Arteveldehogeschool ten aanzien van de beroepsinstantie opwerpt dat het openbaarheidsdecreet niet van toepassing is ten aanzien van de vrije instellingen van het hoger onderwijs (zoals de Arteveldehogeschool); dat zij zich daarbij beroept op rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Cassatie waarin zou worden gesteld dat de vrije onderwijsinstellingen enkel maar als administratieve overheid kunnen worden beschouwd voor wat betreft de administratieve rechtshandelingen en beslissingen die derden binden, zoals ten aanzien van studenten (studievoortgangsbeslissingen, diploma’s ...);

Overwegende dat de beroepsinstantie inderdaad op de hoogte is van voormelde rechtspraak, doch dat in het openbaarheidsdecreet van 26 maart 2004 juist afstand werd genomen van het begrip ‘administratieve overheid’ en voor het toepassingsgebied van dit decreet het begrip ‘bestuursinstantie’ werd ingevoerd, een begrip met een andere en ruimere inhoud;

Overwegende immers dat een beroep maar op ontvankelijke wijze bij de beroepsinstantie aanhangig kan worden gemaakt, voor zover het is gericht tegen een beslissing van een instantie bedoeld in artikel 4, § 1 van het decreet van 26 maart 2004 over een aanvraag tot openbaarmaking van bestuursdocumenten in de zin van artikel 3, 4° van dat decreet, door het verlenen van inzage, het verschaffen van uitleg of het overhandigen van een afschrift; dat het begrip ‘instantie’ zoals blijkt uit artikel 3, 3° van dit decreet, de begrippen ‘bestuursinstantie’ en ‘milieu-instantie’ overkoepelt; [...]

Overwegende dat artikel 3, 1°, lid 1 onmiskenbaar stapsgewijs is opgebouwd (Zie F. Schram, ‘Openbaarheid van bestuur in het onderwijs in Vlaanderen’, T.O.R.B., 2004-5, 435-436); dat, om te weten of er sprake is van een bestuursinstantie, eerst moet worden getoetst aan criterium a) van deze bepaling; dat, als die toets negatief is, naar criterium b) wordt overgestapt en, ingeval deze toets ook negatief uitvalt, naar criterium c); dat deze opbouw inhoudt dat niet naar criterium c) mag worden gegrepen als de toets aan criterium b) positief is; dat uit niets in de tekst blijkt dat dit voor vrije onderwijsinstellingen anders zou zijn en dat bij wijze van uitzondering onmiddellijk naar criterium c) zou moeten worden gegrepen zonder dat criterium b) in ogenschouw mag worden genomen;

Overwegende dat zowel natuurlijke personen als rechtspersonen van wie de werking wordt bepaald en gecontroleerd door een bestuursinstantie in de zin van artikel 3, 1°, lid 1, a) van het decreet van 26 maart 2004, vallen onder het begrip ‘bestuursinstantie’; dat dit criterium twee cumulatief te vervullen voorwaarden formuleert, i.e. dat de werking van een persoon wordt gereguleerd én gecontroleerd door de overheid; dat de vraag rijst of de Arteveldehogeschool Gent aan dit criterium beantwoordt;

Overwegende dat redelijkerwijze niet kan worden ontkend dat er een verregaande overheidsbemoeienis met en controle op de vrije onderwijsinstellingen bestaat; dat het grootste gedeelte van het vrij onderwijs wordt betoelaagd, en die subsidiëring gepaard gaat met werkingsregels en voorwaarden waarvan de overheid de naleving controleert; dat die normering en controle betrekking hebben op de kwaliteit van het onderwijs, het aanwenden van de financiële middelen en de materiële omstandigheden waaronder het onderwijs wordt verstrekt;

Overwegende dat een uitgebreide wetgeving de werking van de hogescholen, met inbegrip van de vrije gesubsidieerde hogescholen, regelt; dat er onder meer kan worden verwezen naar het decreet van 4 april 2003 betreffende de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen en het decreet van 13 juli 1994 betreffende de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap; dat hogescholen enkel opleidingen mogen aanbieden waarvoor een accreditatie of erkenning is verkregen, waarbij het verlenen van de accreditatie of erkenning afhankelijk wordt gesteld van kwaliteitseisen op het vlak van onder meer de onderwijsinhoud, het onderwijsproces, de uitkomst van het onderwijs, de materiële voorzieningen en de kwaliteit van het personeel; dat deze kwaliteitseisen moeten garanderen dat de opleidingen de bij decreet bepaalde doelstellingen bereiken; dat de instellingen verplicht zijn tot de interne en externe kwaliteitszorg van hun onderwijs- en onderzoeksactiviteiten, hetgeen onder meer de verplichting inhoudt de kwaliteit van hun opleidingen aan een periodieke externe beoordeling te onderwerpen; dat eveneens regels worden opgelegd met betrekking tot de samenstelling, opdrachten, benoeming, aanstelling, en evaluatie van het personeel;

Overwegende bovendien dat hoofdstuk V van titel IV van het Hogescho-lendecreet van 13 juli 1994 het toezicht op de hogescholen organiseert; dat hogescholen worden onderworpen aan het toezicht van de commissaris van de Vlaamse Regering; dat deze commissaris beschikt over een recht van beroep tegen elke beslissing van het hogeschoolbestuur die onwettig is of het financieel evenwicht van de hogeschool in gevaar brengt; dat, wat de gesubsidieerde hogescholen in het bijzonder betreft, dit beroep kan leiden tot de gehele of gedeeltelijke schorsing van de uitkeringen van de gesubsidieerde hogeschool; dat een uitvoerige, niet limitatieve opsomming van de taken van de regeringscommissaris wordt gegeven in het besluit van de Vlaamse Regering van 5 april 1995 betreffende de taken van de commissaris-coördinator en commissarissen van de Vlaamse Regering bij de hogescholen; dat de hogescholen bovendien jaarlijks verslag moeten uitbrengen dat toelaat na te gaan in welke mate de werkzaamheden waarvoor een overheidsbijdrage is toegekend, behoorlijk zijn uitge-

voerd en of die overheidsbijdrage doelmatig is aangewend; dat de minimale inhoud van dit jaarverslag wordt geregeld in het besluit van de Vlaamse Regering van 10 maart 1998 houdende vastlegging van de voorschriften voor het opstellen van het jaarverslag van de hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap; dat diverse bepalingen van het Hogescholendecreet de hogescholen bovendien verplichten om financiële verantwoording af te leggen aan de Vlaamse Regering; dat de jaarrekening onderworpen is aan de goedkeuring van de Vlaamse Regering; dat in het decreet wordt bepaald in welke gevallen en op welke wijze sancties kunnen worden opgelegd; dat kortom, onmogelijk zinnig kan worden betwist dat vrije gesubsidieerde hogescholen in hun optreden onderworpen zijn aan het toezicht van de overheid;

Overwegende dat op grond van het bovenstaande overzicht in redelijkheid niets anders kan worden besloten dan dat vrije gesubsidieerde hogescholen in hun werking in aanzienlijke mate worden bepaald en gecontroleerd door de Vlaamse Gemeenschap; dat daaruit volgt dat de Arteveldehogeschool te Gent een bestuursinstantie is in de zin van artikel 3, 1°, lid 1, b) van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur. (Zie ook F. Schram, ‘Anderhalf jaar werking van de beroepsinstantie Openbaarheid van bestuur’, C.D.P.K. 2006, (533) 550); dat op grond van een analyse van de toepasselijke wetgeving de beroepsinstantie aldus van oordeel is dat de Arteveldehogeschool Gent als vrije gesubsidieerde hogeschool beantwoordt aan het bepaalde in artikel 3, 1°, lid 1, b), zodat de toets aan c) niet meer aan de orde is;

Overwegende dat de beroepsinstantie besluit dat zij bevoegd is om kennis te nemen van het beroep van de heer [A.J.], bij mail dd. 6 oktober 2011, tegen de weigeringsbeslissing van de Arteveldehogeschool Gent; dat de vaststelling dat de Arteveldehogeschool Gent in haar werking wordt bepaald en gecontroleerd door de overheid, inhoudt dat zij voor al haar handelingen als een bestuursinstantie moet worden gekwalificeerd en dat alle stukken die zij heeft, als bestuursdocumenten moeten worden beschouwd; Overwegende dat het beroepschrift dan ook als ontvankelijk wordt beschouwd”.

3.2. Voor een goed begrip van de zaak wordt het relevante artikel 3, 1°, van het openbaarheidsdecreet in herinnering gebracht:

“Voor de toepassing van dit decreet wordt verstaan onder:

1° bestuursinstantie:

a) een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie;

b) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door a);

c) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen, voor zover zij door een

bestuursinstantie in de zin van a) zijn belast met de uitoefening van een taak van algemeen belang of voor zover zij een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden.

De rechterlijke macht valt buiten deze definitie, behalve wanneer ze optreedt in een andere hoedanigheid dan de rechterlijke. De wetgevende vergaderingen en de daaraan verbonden instellingen vallen buiten deze definitie, behalve inzake aangelegenheden met betrekking tot overheidsopdrachten en personeelsleden van hun diensten. De uitvoerende macht valt er eveneens buiten voorzover deze optreedt in een rechterlijke hoedanigheid.”

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4.1. Het enig middel is geput “uit de schending van de artikelen 22, 24 en 32 van de G.W., van art. 3, 1°, 3° en 4°, art. 4 en art. 7 Openbaarheidsdecreet, alsook uit de schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van het materiële motiveringsbeginsel”.

4.2. Na eerst de aangevoerde bepalingen te citeren, argumenteert verzoekster dat de beroepsinstantie voorbijgaat aan haar eerder standpunt, verwoord in de beslissing OVB/2005/96 van 29 november 2005 en dat uit de uitdrukkelijke wil van de decreetgever blijkt dat vrije onderwijsinstellingen niet onder het toepassingsgebied van artikel 3, 1°, eerste lid, b), van het openbaarheidsdecreet vallen.

Uit geen enkele overweging van de decreetgever kan volgens verzoekster worden opgemaakt dat het de bedoeling was om het toepassingsgebied te verruimen, niet enkel ten aanzien van private personen die milieu-informatie onder zich houden, maar ook ten aanzien van vrije onderwijsinstellingen voor zover zij handelingen stellen die niet voortkomen uit de uitoefening van een taak van algemeen belang of uit een eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid. De memorie van toelichting bij het openbaarheidsdecreet zou er verder geen twijfel over laten bestaan dat vrije onderwijsinstellingen naar de bedoeling van de decreetgever ressorteren onder artikel 3, 1°, eerste lid, c), van het openbaarheidsdecreet. Bovendien zou de ruime interpretatie die de bestreden beslissing geeft

aan artikel 3, 1°, eerste lid, b), het functioneel criterium van artikel 3, 1°, eerste lid, c), van elke betekenis ontdoen. Dat artikel 3, 1°, eerste lid, trapsgewijs zou zijn opgebouwd, doet volgens verzoekster hieraan niets af. De al te ruime interpretatie van artikel 3, 1°, eerste lid, b), is in strijd met het openbaarheidsdecreet en met hetgeen de decreetgever voor ogen had.

4.3. Verzoekster argumenteert nog dat artikel 3, 1°, eerste lid, b), van het openbaarheidsdecreet voorziet in twee cumulatief te vervullen voorwaarden – het in haar werking bepaald én gecontroleerd worden door een overheid – en dat de bestreden beslissing niet aantoont dat zij aan die twee voorwaarden voldoet.

Verzoekster erkent in haar werking “in zekere mate” gecontroleerd te worden door de overheid, maar betwist in haar werking te worden “bepaald”. Zij betoogt in dat verband dat de oprichters en de leden die deel uitmaken van de organen van verzoekster uitsluitend private personen zijn en dat de algemene vergadering en de raad van bestuur autonoom alle bevoegdheden van de vzw uitoefenen, waaruit zou blijken dat de inrichtende macht niet wordt waargenomen door een openbaar bestuur. Dat de onderwijsactiviteit van verzoekster in zekere mate wordt gereguleerd door de overheid, betekent volgens haar niet dat haar werking door die overheid wordt bepaald:

“Dat de verzoekende partij krachtens het Hogeschooldecreet aan het ‘toezicht’ van de commissaris van de Vlaamse regering onderworpen is, en jaarlijks verslag moet uitbrengen, doet niets af aan het bovenstaande. Anders dan bij een gemeenschapsinstelling, kan de overheid immers niet ‘bepalen’ wat de Raad van Bestuur van de verzoekende partij moet beslissen. Zo voorziet art. 251 Hogeschooldecreet enkel in de mogelijkheid tot het vernietigen van een beslissing van een onderwijsinstelling door de Vlaamse regering voor zover het gaat om een beslissing van de Vlaamse autonome hogeschool. Voor een vrije onderwijsinstelling, zoals de verzoekende partij, bestaat deze mogelijkheid niet. De overheid kan een beslissing van de verzoekende partij niet sturen of vernietigen; zij kan krachtens art. 251, §1 Hogeschooldecreet enkel ‘de toekenning van het geheel of een gedeelte van de uitkeringen van de gesubsidieerde hogeschool (schorsen)’, waartegen beroep mogelijk is bij de rechtbank.”

4.4. Verzoekster komt tot de slotsom dat zij slechts onder het toepassingsgebied van het openbaarheidsdecreet valt en tot openbaarmaking kan worden verplicht in de mate dat zij een taak van algemeen belang behartigt en beslissingen neemt die derden binden (artikel 3, 1°, eerste lid, c), van het openbaarheidsdecreet). In andere aangelegenheden valt verzoekster niet onder het toepassingsgebied van het openbaarheidsdecreet, tenzij een anders luidende regeling bij decreet zou bestaan, hetgeen *in casu* niet het geval is:

“In die zin bepaalt art. II.7 van het decreet van 19 maart 2004 betreffende de rechtspositieregeling van de student, de participatie in het hoger onderwijs, de integratie van bepaalde afdelingen van het hoger onderwijs voor sociale promotie in de hogescholen en de begeleiding van de herstructurering van het hoger onderwijs in Vlaanderen (hierna: Aanvullingsdecreet) dat het bestuur van een hogeschool of een universiteit ten aanzien van studenten optreedt als bestuursinstantie voor wat betreft de toepassing van het Openbaarheidsdecreet.”

Derden, niet-studenten, kunnen volgens verzoekster slechts recht op openbaarheid hebben, voor zover vrije onderwijsinstellingen handelingen kunnen stellen die eenzijdig binden. Ten aanzien van haar personeel heeft verzoekster geen eenzijdig bindende beslissingsbevoegdheid, zodat de beroepsinstantie zich ten onrechte bevoegd heeft verklaard.

4.5. Verzoekster merkt ten slotte op dat artikel 24 van de Grondwet waarborgt dat vrije onderwijsinstellingen hun pedagogisch project in vrijheid kunnen uitbouwen:

“Deze vrijheid werkt door in de arbeidsverhouding tussen de inrichtende macht en haar personeel (Cass. C.02.0177.N, 6 september 2002), zodat art. 24 G.W. eveneens een vrijheid in het voeren van een eigen personeelsbeleid impliceert. [...] Door principieel de openbaarheid van vertrouwelijke documenten en interne informatie aangaande het sollicitatiedossier van [A.J.], alsook aangaande het dossier van de weerhouden kandidaat, op te leggen, schendt de bestreden beslissing de [...] genoemde (grond)wetsbepalingen. Aangezien er geen correcte motieven voorhanden zijn om deze principiële openbaarheid op te leggen, schendt de bestreden beslissing eveneens de materiële motiveringsplicht.”

5.1. Verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat het middel onontvankelijk is in de mate dat het de schending van de artikelen 22 en 32 van de Grondwet en van de artikelen 3, 3° en 4°, en 4 en 7 van het openbaarheidsdecreet aanvoert, omdat niet wordt verduidelijkt waarin die schending zou bestaan.

5.2. Voorts “is de vraag aan de orde”, aldus verwerende partij, of verzoekster belang heeft bij het middel, vermits het niet tot nietigverklaring kan leiden indien verzoekster langs de weg van artikel 3, 1°, eerste lid, c) *in fine*, toch te aanzien zou zijn als bestuursinstantie. Verwerende partij oppert dat “ook in de voorliggende materie beslissingen met derde[n]binding aan de orde zijn”, “gelet de decretale voorwaarden waaraan haar onderwijzend / academisch personeel dient te voldoen en de decretaal ingestelde autonomie waarover dat onderwijzend / academisch personeel beschikt ten aanzien van examens, graden, titels, diploma's en getuigschriften, met de studenten als (derde) eindbestemmingen”. In haar laatste memorie preciseert verwerende partij te bedoelen dat de besluiten met derdenbinding in de hogeschool namens deze instelling worden genomen door examencommissies, samengesteld uit het onderwijzend personeel dat in die zin “deelneemt aan het openbaar gezag, ja er zelfs, binnen de bedoelde instellingen, op het bedoelde vlak de voornaamste component van is”.

Verwerende partij verzoekt daarom dat de Raad van State een prejudiciële vraag zou voorleggen aan het Grondwettelijk Hof over de overeenstemming van artikel 3, 1°, eerste lid, c), van het openbaarheidsdecreet met artikel 24, § 1, eerste lid, van de Grondwet “in de lezing dat erkende vrije onderwijsinstellingen, met name ter zake hoger onderwijs, met betrekking tot de door hen genomen beslissingen aangaande hun personeel, inzonderheid hun onderwijzend / academisch personeel, te aanzien zijn als een bestuursinstantie in de zin van het bedoelde openbaarheidsdecreet”.

5.3. Ten gronde luidt het verweer in de memorie van antwoord kort en krachtig:

“Met betrekking tot de redenen waarom de verzoekster te kwalificeren is als een bestuursinstantie bedoeld in artikel 3, eerste lid, 1°, b) van het

Openbaarheidsdecreet, verwijst de verwerende partij naar de desbetreffende motieven, zoals opgenomen in de bestreden beslissing en die alhier integraal als herhaald te aanzien zijn.”

Aan deze argumentatie voegt verwerende partij nog toe in de laatste memorie:

“In hoofdorde handhaaft de verwerende partij haar standpunt zoals dat verwoord werd in de bestreden beslissing, zodat de verzoekster in deze visie wel degelijk *ratione personae* binnen het toepassingsgebied valt van artikel 3, eerste lid, 1°, b van het Openbaarheidsdecreet (de verwerende partij wel wetende dat de huidige rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, dan nog Arbitragehof – zie de arresten nr. 26/92, overwegende 3.B.6. en nr. 27/92, overwegende 4.B.2., beide van 2 april 1992 – zo is gevestigd dat de instellingen van het gesubsidieerd vrij onderwijs een functionele openbare dienst uitmaken, zijnde een dienst die ten behoeve van geheel de bevolking en een deel ervan op privé-initiatief wordt georganiseerd met het oog op het waarnemen van een taak van algemeen belang).”

Beoordeling

A. Ontvankelijkheid van het middel

Aangevoerde bepalingen

6. Het enig middel stelt de vraag aan de orde of de beroepsinstantie terecht of ten onrechte heeft geoordeeld dat verzoekster – als vrije onderwijsinstelling – op grond van artikel 3, 1°, eerste lid, b), van het openbaarheidsdecreet, te beschouwen is als een ‘bestuursinstantie’.

Verwerende partij betwist terecht niet dat het middel ontvankelijk is in de mate dat het de schending aanvoert van die bepaling.

Belang bij het middel

7.1. Het belang bij een middel wordt desnoods ambtshalve door de Raad van State onderzocht.

Zoals reeds eerder is overwogen, in het arrest nr. 218.666 van 27 maart 2012 inzake de VUB, heeft een verzoeker in een annulatieprocedure bij de Raad van State geen belang bij een middel dat louter argumenteert dat de beroepsinstantie haar bevoegdheid ten onrechte gesteund zou hebben op een zekere bevoegdheidstoewijzing in het openbaarheidsdecreet, indien blijkt dat de beroepsinstantie in ieder geval het beroep moest ontvangen op grond van een ánder decretaal aanknopingspunt.

7.2. De meest ruime openbaarheid – en dus bevoegdheid van de beroepsinstantie – ten aanzien van bestuursorganen van universiteiten en hogescholen in de Vlaamse Gemeenschap is te vinden in het zogenaamde aanvullingsdecreet van 19 maart 2004, waarvan het artikel II.7 luidt:

“Het bestuur treedt ten aanzien van de studenten op als bestuursinstantie voor wat betreft de toepassing van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur.”

Niet is betwist dat A.J. niet in de hoedanigheid van student van verwerende partij om openbaarheid van bestuursdocumenten heeft verzocht.

De bestuursinstantie is bijgevolg niet bevoegd om van het beroep van A.J. kennis te nemen op grond van artikel II.7 van het zogenaamde aanvullingsdecreet – de hoedanigheid van de aanvrager als student.

Ten overvloede merkt de Raad van State op dat het in nóg ruimer bewoordingen gestelde artikel 16 van het decreet van 2 april 2004 ‘betreffende participatie op school en de Vlaamse Onderwijsraad’ – “Elke inrichtende macht treedt ten aanzien van personeel, ouders en leerlingen op als bestuursinstantie voor wat betreft de toepassing van het decreet van 18 mei 1999 betreffende de openbaarheid van bestuur” – enkel geldt voor het basis- en secundair onderwijs, gesubsidieerd door de Vlaamse Gemeenschap, met uitzondering van de scholen van type 5, en aldus te dezen alleszins niet van toepassing is.

7.3. Artikel 3, 1°, eerste lid, a), verschaft de beroepsinstantie evenmin een aanknopng om over het beroep van A.J. uitspraak te doen. Verzoekster

is immers niet “opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie”.

7.4. Verwerende partij stelt in de memorie van antwoord vast dat verzoekster zichzelf aanziet als een rechtspersoon die eigener beweging een taak van algemeen belang behartigt en dus niet van overheidswege daarmee belast is. Verwerende partij spreekt die zienswijze nergens tegen en betoogt bijgevolg niet dat verzoekster op grond van artikel 3, 1°, eerste lid, c), onder de toepassing komt van het decreet als bestuursinstantie die wél met de uitoefening van een taak van algemeen belang ‘belast’ is door welbepaald “een bestuursinstantie in de zin van a)”.

De Raad van State ziet evenmin grond om dit tegen te spreken.

7.5. In zoverre verwerende partij als bevoegd gezag van een vrije onderwijsinstelling beslissingen neemt die kaderen in een procedure tot aanwerving van haar onderwijzend personeel bij middel van een privaatrechtelijke overeenkomst, wat te dezen niet ter discussie is gesteld, oefent zij geen deel uit van het openbaar gezag en neemt zij geen beslissing die derden bindt. Dat haar onderwijzend personeel later geroepen kan zijn om te zetelen in examencommissies, of meer algemeen, om studievoortgangsbepalingen te nemen over studenten en aldus derden bindende beslissingen te nemen, doet hieraan geen afbreuk; dit heeft niet tot gevolg dat de handelingen die verwerende partij onmiddellijk stelt met het oog op een aanwerving gekwalificeerd kunnen worden als derden bindend.

Verzoekster komt zodoende op grond van artikel 3, 1°, eerste lid, c), evenmin onder toepassing van het openbaarheidsdecreet als bestuursinstantie die een taak van algemeen belang behartigt en beslissingen neemt die derden bindt.

Aangezien de Raad van State – met de woorden van verwerende partij – “de lezing dat erkende vrije onderwijsinstellingen, met name ter zake hoger onderwijs, met betrekking tot de door hen genomen beslissingen aangaande hun personeel, inzonderheid hun onderwijzend / academisch personeel, te aanzien zijn als een bestuursinstantie in de zin van het bedoelde openbaarheidsdecreet”

niet bijvalt, is het verzoek tot prejudiciële vraagstelling dat van deze hypothese uitgaat zonder voorwerp.

7.6. Op de terechtzitting verklaart de raadvrouw van verwerende partij dat in haar verzoek tot prejudiciële vraagstelling een ‘niet’ ontbreekt voor de woorden ‘te aanzien zijn’.

Het is een precisering die het uitgangspunt van de vraagstelling omkeert en, in de veronderstelling dat het inderdaad om een loutere verschrijving zou gaan, in de laatste memorie opvallend niet is rechtgezet alhoewel ook het auditoraatsverslag van de letterlijke lezing van de vraagstelling is uitgegaan. Dit laatste wekt ook geen verwondering, want in de memorie van antwoord heeft verwerende partij de prejudiciële vraag voorgesteld “ondergeschikt, en in dezelfde hypothese als hier boven”. Die “hypothese als hier boven” was precies de hypothese waarbij “verzoekster geen belang bij het overblijvend deel van het middel [heeft]” omdat zij “zou [...] te kwalificeren zijn als een rechtspersoon in de zin van artikel 3, [1°, eerste lid,] c in fine van het Openbaarheidsdecreet”. Daarenboven verkrijgt de voorgestelde vraagstelling door de herformulering een eerder absurde wending waarvoor geen enkele verduidelijking wordt gegeven. Immers is niet goed in te zien hoe het de vrijheid van onderwijs zou schenden – de voorgestelde vraagstelling refereert immers aan artikel 24, § 1, eerste lid, van de Grondwet, tenzij ook dit een verschrijving is – als een vrije onderwijsinstelling net niét wordt beschouwd als bestuursinstantie en dus niét wordt onderworpen aan de verplichtingen die op een bestuursinstantie rusten.

De herformulering van de prejudiciële vraagstelling wordt bijgevolg verworpen.

7.7. De exceptie wordt verworpen, aan verzoekster kan niet belang bij het middel worden ontzegd.

B. Gegrondheid van het middel

8. Het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State over het voorontwerp dat finaal het openbaarheidsdecreet moest worden, leert dat

als omschrijving van ‘bestuursinstantie’ oorspronkelijk twee versies ter fine van advies werden voorgelegd. In haar advies wijst de afdeling Wetgeving op onduidelijkheden die bij elk van de beide begripsomschrijvingen opduiken (*Parl. St.* VI.Parl. 2002-2003, nr. 1732/1, 92-97, voetnoten weggelaten):

“9. Het is uiteraard een lovenswaardige bekommernis van de stellers van het ontwerp om een begrip te hanteren dat tot een rechtszekere toepassing kan leiden. [...]

10. [...] De Raad van State betwijfelt echter of de in het ontwerp gehanteerde omschrijving van het begrip ‘bestuursinstantie’ vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid een reële vooruitgang zal betekenen. Volgens de eerste versie van het ontwerp is een bestuursinstantie ‘elke overheid alsmede elke natuurlijke persoon of rechtspersoon voorzover ze een taak van algemeen belang behartigt’. Volgens de tweede versie is een bestuursinstantie ‘a) een rechtspersoon die krachtens publiek recht is ingesteld; b) een natuurlijke persoon, rechtspersoon of groepering ervan die, en voorzover hij, door de overheid is belast met de uitoefening van een taak van algemeen belang’. De vraag rijst of dergelijke begripsomschrijvingen in de praktijk tot meer rechtszekerheid zullen leiden.

10.1. In de eerste omschrijving wordt het zeer algemene begrip ‘taak van algemeen belang’ gehanteerd. De potentiële draagwijdte van dit open begrip is dermate ruim, dat het toepassingsgebied van het ontworpen decreet oeverloos dreigt te worden. Zo zouden bijvoorbeeld politieke partijen, vakverenigingen en tal van niet-gouvernementele organisaties kunnen geacht worden ‘een taak van algemeen belang’ te behartigen. Een dergelijk vaag begrip zal zeker tot heel wat interpretatievragen leiden, wat de rechtszekerheid niet ten goede komt.

10.2. In de tweede omschrijving worden twee criteria gehanteerd.

10.2.1. Volgens het eerste criterium, in artikel 3, 1^o, eerste lid, a, van het ontwerp, is een bestuursinstantie ‘een rechtspersoon die krachtens publiek recht is ingesteld’. De stellers van het ontwerp hebben hier inspiratie gezocht in artikel 1:1, lid 1, a, van de Nederlandse Algemene wet bestuursrecht, dat het begrip ‘bestuursorgaan’ definieert als ‘een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld’. De vraag rijst echter of een analoge bepaling zonder meer kan worden overgenomen in een Vlaams decreet. [...]

Het begrip ‘rechtspersoon krachtens publiek recht ingesteld’ zal [...] een eigen autonome inhoud dienen te krijgen. Hier zullen ongetwijfeld heel wat interpretatievragen rijzen bij gebrek aan een duidelijke omschrijving van het begrip ‘publiek recht’. Tot de bedoelde rechtspersonen zouden zeker de Staat, de gemeenschappen en de gewesten, de provincies en de gemeenten, en de rechtstreeks bij wet, decreet of ordonnantie ingestelde rechtspersonen gerekend moeten worden. De vraag rijst echter of het begrip ook verwijst naar rechtspersonen die door de hiervóór genoemde publiekrechtelijke instellingen worden opgericht, op grond van en in overeenstemming met het publiek recht dat op die instellingen van toepassing is. [...]

10.2.2. Volgens het tweede criterium, in artikel 3, 1°, eerste lid, b, van het ontwerp, is de bestuursinstantie ‘een natuurlijke persoon, rechtspersoon of groepering ervan die, en voorzover hij, door de overheid is belast met de uitoefening van een taak van algemeen belang’. In deze omschrijving wordt rechtstreeks verwezen naar het begrip ‘overheid’, dat de stellers van het ontwerp nochtans willen vermijden. Na daarop te zijn gewezen, heeft de gemachtigde van de regering verklaard ‘dat uiteraard een rechtspersoon bedoeld wordt die krachtens publiek recht is ingesteld (zoals voorzien in punt a), van de definitie) en (dat) terzake een correctie moet uitgevoerd worden, waarbij ofwel verwezen wordt naar punt a), ofwel de tekst van punt a), als dusdanig wordt overgenomen in punt b)’.

Zelfs indien artikel 3, 1°, eerste lid, b, aldus zou worden gecorrigeerd, blijven er belangrijke interpretatievragen over m.b.t. de omvang van deze ruim omschreven categorie. Hoe ruim is het begrip ‘taak van algemeen belang’? Dient een private instelling die door de overheid is ‘erkend’ voor de uitoefening van een openbare dienst - bijvoorbeeld een erkende en gesubsidieerde vrije onderwijsinstelling -, beschouwd te worden als ‘belast’ met de uitoefening van een taak van algemeen belang? Zijn ook private personen waaraan verplichtingen worden opgelegd in het kader van een regelgeving die beoogt het algemeen belang te dienen, erin begrepen? De Raad van State merkt op dat het begrip in ieder geval heel wat ruimer is dan het begrip administratieve overheid, aangezien het niet vereist lijkt te zijn dat de instantie ‘beslissingen kan nemen die derden binden’.

11. Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het begrip ‘bestuursinstantie’ niet noodzakelijk tot meer rechtszekerheid zal leiden dan het begrip ‘administratieve overheid’.

Het is niet uitgesloten dat de stellers van het ontwerp het begrip ‘bestuursinstantie’ verkiezen, niet zozeer omwille van de rechtszekerheid, maar veeleer omdat zij dit een ruimer begrip vinden dan het begrip ‘administratieve overheid’.

In dat geval dienen zij er zorg voor te dragen het begrip bestuursinstantie te definiëren aan de hand van duidelijke criteria, rekening houdend met de moeilijkheden die hiervóór zijn beschreven.”

9. Zonder dat in de memorie van toelichting enige terugkoppeling is terug te vinden naar deze opmerkingen van de afdeling Wetgeving bevat dan het ontwerp dat bij het Vlaams Parlement wordt ingediend een nogmaals aangepaste versie, waarbij de decreetgever voor het begrip bestuursinstantie nog steeds in twee, maar herschreven criteria voorziet – een (tweevoudig) organiek criterium en een (tweevoudig) functioneel criterium (*Parl. St.* VI.Parl., 2002-2003, nr. 1732/1, 10):

“Om onder het toepassingsgebied *ratione personae* te vallen, onderscheidt het decreet twee criteria: vooreerst een organiek criterium ‘een rechtspersoon die bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie is ingesteld’ (artikel 3, 1° a)) en een natuurlijke of rechtspersoon die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door een instantie zoals beschreven in a) (artikel 3, 1°, b)) en daarnaast een functioneel criterium (door een instantie in de zin van a) belast worden met de uitoefening van een taak van algemeen belang of een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden) in artikel 3, 1°, c).”

10. Duidelijk blijkt voorts uit de genese van het openbaarheidsdecreet dat de decreetgever zéér expliciet het autonoom begrip ‘bestuursinstantie’ heeft willen invoeren, met de uitgesproken wil om afstand te nemen van het begrip ‘administratieve overheid’ en de volgens de decreetgever ‘nefaste’ pretoriaanse uitlegging die zich daaromtrent had ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State.

Gevolg is, dat de Raad van State ter verklaring van het begrip ‘bestuursinstantie’, zich ervoor moet hoeden analogie te zoeken waar de decreetgever die net heeft afgewezen, en dat hij zich moet houden aan de tekst van het openbaarheidsdecreet zelf.

Het antwoord op de te behandelen vraag, moet dan ook worden gelezen en begrepen in het licht van die tweedeling die het decreet maakt: organiek criterium versus functioneel criterium. Verzoekster wordt in de bestreden beslissing door de beroepsinstantie als bestuursinstantie gekwalificeerd op grond van het organiek criterium. De vraag of zij als privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersoon in haar werking wordt “bepaald en gecontroleerd” overeenkomstig dit criterium, moet dan ook worden beantwoord in functie van een organiek verband met de overheid – meer precies: met een bestuursinstantie zoals bedoeld in artikel 3, 1°, eerste lid, a) van het openbaarheidsdecreet, doch ter wille van de leesbaarheid hierna overheid genoemd.

11. Om binnen het raam van een organiek verband als rechtspersoon ‘bepaald’ te worden door de overheid, volstaat het niet dat haar werking aan voorschriften en voorwaarden is onderworpen, maar moet de overheidsinmenging in de betrokken rechtspersoon fundamenteel zijn. Er anders over oordelen – een

ruime invulling geven aan het begrip “in hun werking bepaald en gecontroleerd door de overheid” – maakt zowat iedere privaatrechtelijke instelling die een taak van algemeen belang uitoefent of behartigt, daarvoor erkend is of een subsidie ontvangt en in dat verband door de overheid wordt gecontroleerd, reeds tot een bestuursinstantie op grond van het organiek criterium.

Van een dergelijke organieke verbondenheid met de overheid kan maar sprake zijn wanneer de betrokken rechtspersoon ingevolge de overheidsinmenging in de werking als het ware een verlengstuk van de overheid wordt.

12. Niet wordt betwist dat verzoekster op privé-initiatief is opgericht. Uit de oprichtingsakte *c.q.* statuten die op 22 februari 2001 in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad zijn gepubliceerd, blijkt dat verzoekster de rechtsvorm van een vereniging zonder winstoogmerk heeft aangenomen (artikel 1), zoals bedoeld in hoofdstuk I van de eerste titel van de wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen’, waarbij de toetreding en uittreding van de leden wordt geregeld, evenals het bestuur en het dagelijks beheer van de vereniging. Uit een en ander blijkt dat de overheid niet deelneemt aan het bestuur van verzoekster, laat staan er de leiding in neemt. De werking wordt bepaald door privé-personen in plaats van door de overheid.

Daar doet niet aan af dat verzoekster zich in verregaande mate moet houden aan de bepalingen ter zake van subsidiëring, kwaliteitsbewaking en gelijkwaardigheid van diploma’s om als erkende onderwijsinstelling onderwijs te mogen aanbieden. Dit alles houdt niet de in artikel 3, 1°, eerste lid, b), van het decreet besloten organieke afhankelijkheid van de overheid in.

13. Die strikte interpretatie van het organiek criterium spoort ten overvloede met de zienswijze van de decreetgever omtrent de bestaansreden van het functioneel criterium in artikel 3, 1°, eerste lid, c), van het openbaarheidsdecreet, waarover hij in de memorie van toelichting, wellicht als antwoord op de uitdrukkelijke vraag van de afdeling Wetgeving daarover, het volgende deed optekenen (*Parl. St.* VI. Parl., 2002-2003, nr. 1732/1, 10):

“De zinsnede ‘of voorzover zij een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden’ werd toegevoegd om onder meer de vrije onderwijsinstellingen te vatten, aangezien deze niet uitdrukkelijk worden belast met een taak van algemeen belang daar deze autonoom onderwijs inrichten op grond van artikel 24 van de Grondwet.”

Het verklaart ook waarom de decreetgever het nodig heeft gevonden de *sub* 7.2 geciteerde specifieke regelingen met betrekking tot de onderwijsinstellingen aan te nemen, waarbij de instellingen van het basisonderwijs en het secundair onderwijs opvallend aan ruimere openbaarheidsverplichtingen zijn onderworpen dan de instellingen van hoger onderwijs.

14. Eveneens ten overvloede stelt de Raad van State vast dat de decreetgever hetzelfde begrip ‘bestuursinstantie’ ook heeft geïntroduceerd in het decreet van 7 juli 1998 ‘houdende instelling van de Vlaamse Ombudsdienst’, met een identieke omschrijving, aldus artikel 2*bis*:

“Voor de toepassing van dit decreet wordt verstaan onder :

1° bestuursinstantie :

a) een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie;

b) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door a);

c) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of een groepering van rechtspersonen, voor zover zij door een bestuursinstantie in de zin van a) zijn belast met de uitoefening van een taak van algemeen belang of voor zover zij een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden.

Het Vlaams Parlement en zijn diensten en instellingen vallen buiten deze definitie. De uitvoerende macht valt er eveneens buiten voor zover die optreedt in een rechterlijke hoedanigheid.”

Het bedoeld artikel 2*bis* is ingevoegd bij decreet van 23 juni 2006 waarbij “inspiratie gezocht [wordt] bij het [...] Vlaamse openbaarheidsdecreet”, aldus de initiatiefnemer (*Parl. St.* VI.Parl. 2005-2006, nr. 794/1, 3), die niet nalaat te preciseren (*Parl. St.* VI.Parl. 2005-2006, nr. 794/1, 4):

“Wat de vrije onderwijsinstellingen betreft, zou de Vlaamse ombudsdienst bijvoorbeeld wel klachten kunnen onderzoeken die betrekking hebben op

de wijze waarop het onderwijs wordt georganiseerd, maar geen klachten met betrekking tot bijvoorbeeld personeelsaangelegenheden of met betrekking tot de aanbesteding van werkzaamheden zoals de bouw van nieuwe schoolgebouwen en dergelijke.”

15. Een en ander doet besluiten dat de beroepsinstantie niet op deugdelijke gronden heeft beslist dat verzoekster te beschouwen is als een bestuursinstantie in de zin van artikel 3, 1°, eerste lid, b), van het openbaarheidsdecreet.

16. Het middel is in die mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 3 november 2011 van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie, waarbij “[h]et beroepschrift van [A.J.] dd. 6 oktober 2011 tegen de weigeringsbeslissing van de Arteveldehogeschool te Gent om een aantal documenten openbaar te maken [...] als ontvankelijk en, onder voorbehoud van de toepassing van minstens artikel 13, 2° van het decreet van 26 maart 2004, als gegrond [wordt] beschouwd”.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 6 december 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest