

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, derde kamer, op 23 maart 1998 door de Vlaamse minister van Onderwijs en Ambtenarenzaken verzocht hem van advies te dienen over een voorontwerp van decreet "betreffende de openbaarheid van bestuur", heeft, na de zaak te hebben onderzocht op de zittingen van 13 oktober 1998 en 1 december 1998, op laatstvermelde datum het volgende advies gegeven :

STREKKING VAN HET ONTWERP

Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet is een aangepaste versie van een ontwerp waarover de Raad van State op 6 februari 1996 advies L. 24.273/8 heeft gegeven.

De structuur van het ontwerp is grotendeels ongewijzigd gebleven. Titel I bevat een aantal algemene bepalingen, die o.m. een omschrijving van de gebruikte begrippen inhouden en het toepassingsgebied van de ontworpen regeling vaststellen (artikelen 1 tot 4). Titel II handelt over de openbaarheid van bestuursdocumenten. Hierin worden achtereenvolgens geregeld : de uitzonderingen op het beginsel van de openbaarheid (artikelen 5 en 6), de actieve openbaarheid (artikelen 7 tot 11), en de passieve openbaarheid (artikelen 12 tot 31). De regeling van de passieve openbaarheid omvat ook de beroepsprocedure die gevolgd moet worden als een overheid een verzoek tot openbaarmaking, verbetering of aanvulling afwijst. Titel III bevat een bepaling i.v.m. de verplichte vermelding van de mogelijkheid van beroep tegen een individueel besluit (artikel 32). Ten slotte is er titel IV, die bestaat uit enkele slotbepalingen (opheffingsbepalingen, overgangsregeling) (artikelen 33 tot 35).

In vergelijking met de tekst waarover de Raad van State op 6 februari 1996 advies gaf, zijn o.m. de volgende wijzigingen aangebracht :

.../...

- de bepalingen met betrekking tot de ombudsman zijn uit het ontwerp weggelaten, aangezien de Vlaamse ombudsdienst inmiddels het voorwerp uitmaakt van een nieuwe regeling, die de ombudsman doet afhangen van het Vlaams Parlement (1); het is voortaan niet meer de ombudsman, maar een ambtenaar, die als beroepsinstantie in de openbaarheidsregeling optreedt;
- uit het ontwerp zijn de regels weggelaten die onder bepaalde voorwaarden voorzagen in de verplichting voor het bestuur om een belanghebbende derde te horen vooraleer een beslissing over een verzoek tot openbaarmaking genomen werd; die derde heeft evenmin nog het recht om tegen een beslissing tot openbaarmaking een administratief beroep in te stellen.

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In de regel brengt de Raad van State geen advies uit over de bepalingen van een ontwerp dat hem een tweede maal wordt voorgelegd, in zoverre die bepalingen ongewijzigd zijn gebleven of het louter gevolg zijn van opmerkingen die de Raad in zijn eerste advies gemaakt heeft (2). Van die

(1) Decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse Ombudsdienst.

(2) De Raad spreekt zich in de regel dus niet uit over de vraag of de stellers van het ontwerp rekening gehouden hebben met de opmerkingen van zijn eerste advies, noch over de vraag of zij op een correcte wijze de tekst aan die opmerkingen hebben aangepast.

regel wordt slechts afgeweken indien gewijzigde feitelijke of juridische omstandigheden de context veranderen waarin de tekst gelezen moet worden.

Toegepast op het voorliggende ontwerp, houdt het voorgaande in dat de Raad van State te dezen in beginsel slechts advies kan geven over de volgende onderdelen van de ontworpen regeling :

- de definitie van het begrip "administratieve overheid" (artikel 2, 1°), welke gewijzigd is ten gevolge van het arrest van het Hof van Cassatie van 14 februari 1997 in de zaak Gimvindus (1) :
- de definitie van het begrip "document van persoonlijke aard" (artikel 2, 3°), en de regeling die op documenten van die aard van toepassing is (artikel 13, § 1, tweede lid), gelet op een arrest dat het Arbitragehof inmiddels i.v.m. dergelijke documenten heeft gewezen (arrest nr. 17/97 van 25 maart 1997);
- het voorbehoud inzake eindbeslissingen (artikel 5, § 3), gelet op het feit dat de regeling terzake nieuw is in vergelijking met die van het eerste ontwerp;
- enkele nieuwe opdrachten aan de Vlaamse regering, welke niet voorkwamen in het eerste ontwerp (artikel 7, §§ 2 en 3, en artikel 8, § 3);

(1) Cass., 14 februari 1997, met concl. advoc.-gen. G. Dubrulle, Arr. Cass., 1997, p. 221, nr. 88.

- de aanwijzing van een ambtenaar als administratieve beroepsinstantie, i.p.v. de ombudsman (artikel 19);
- de regeling betreffende het administratief toezicht op de gemeenten en de provincies (artikelen 30 en 31), waarvan de Raad van State in zijn eerste advies gesteld had dat ze voorbarig was, maar welke thans bekeken moet worden in het licht van de wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en de gemeenten;
- de slotbepalingen (artikelen 33 en 34), althans in zoverre de nieuwe regeling inzake de ombudsman en het tijdstip waarop het voorliggende advies wordt gegeven, een invloed kunnen hebben op die bepalingen.

Ten slotte wijst de Raad van State erop dat het eerste advies en het voorliggende advies samengelezen moeten worden. Beide adviezen moeten dan ook aan het ontwerp en de memorie van toelichting gehecht worden (1).

2. Over het voor advies voorgelegde ontwerp is op 12 februari 1998 een uitgebreid advies gegeven door de MiNa-Raad, en op 11 maart 1998 is een advies gegeven door de SERV.

(1) Voor de leesbaarheid van het advies van 6 februari 1996 is het dan tevens vereist om ook de tekst van het toen onderzochte voorontwerp aan de memorie van toelichting te hechten.

Beide adviezen zijn gegeven nadat de Vlaamse regering over het ontwerp beraadslaagd had. De regering heeft haar tekst nadien niet meer aangepast aan die adviezen.

Deze werkwijze kan bezwaarlijk in overeenstemming geacht worden met de finaliteit die aan de adviesverplichting ten grondslag ligt. Als de decreetgever de regering verplicht om adviezen in te winnen, dan is het omdat hij het nuttig oordeelt dat de regering die adviezen in haar beraad zou betrekken.

Bovendien moet de aandacht erop gevestigd worden dat, als de Vlaamse regering na de ontvangst van het voorliggende advies nog wijzigingen in de tekst zou aanbrengen die het gevolg zijn van een opmerking van de MiNa-Raad of de SERV, zij over die aldus gewijzigde bepalingen andermaal het advies van de Raad van State zal moeten vragen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

1. In 1° wordt een definitie gegeven van het begrip "administratieve overheid". Volgens het ontwerp moeten als "administratieve overheid" beschouwd worden, niet enkel de "administratieve overheden" in de zin van artikel 14 van de wetten op de Raad van State, maar ook de "personen die openbare verantwoordelijkheid dragen op het gebied van

.../...

milieu en natuurbewoud en die opgericht (zijn) en/of onder toezicht staan van de Vlaamse regering of de ervan afhangelende diensten en instellingen".

1.1. De toevoeging van de bedoelde "personen" houdt inderdaad een uitbreiding in van het begrip "administratieve overheid" zoals dat begrepen moet worden in de zin van artikel 14 van de wetten op de Raad van State. Volgens het Hof van Cassatie kunnen instellingen opgericht of erkend door de overheid en belast met een openbare dienst immers slechts beschouwd worden als een "administratieve overheid", in de zin van voormeld artikel 14, "in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden" (1). Volgens het ontwerp volstaat het daarentegen dat de bedoelde "personen" een openbare verantwoordelijkheid dragen of (niet : en) onder toezicht staan van de overheid, en is het niet vereist dat zij beslissingen kunnen nemen die derden binden.

Het staat de decreetgever uiteraard vrij om "personen" binnen het toepassingsgebied van het ontworpen decreet te brengen, ook al hebben zij niet alle kenmerken die in beginsel van een "administratieve overheid" verwacht mogen worden.

(1) Cass., 14 februari 1997, met concl. advoc.-gen. G. Dubrulle, Arr. Cass., 1997, p. 221, nr. 88. Omdat de n.v. Gimvindus niet bevoegd werd geacht om aan anderen eenzijdig bindende verplichtingen op te leggen, werd aan die vennootschap de hoedanigheid van "administratieve overheid" ontzegd.

1.2. Te dezen breiden de stellers van het ontwerp het toepassingsgebied aldus uit, om op die manier tegemoet te komen aan hetgeen opgelegd wordt bij artikel 6 van richtlijn 90/313/EEG van de Raad van 7 juni 1990 inzake de vrije toegang tot milieu-informatie. Volgens die bepaling nemen de lidstaten de nodige maatregelen om de openbaarmaking te waarborgen van "lichamen die openbare verantwoordelijkheid op milieugebied dragen en onder toezicht staan van overheidsinstanties als omschreven in artikel 2, onder b)" (1).

In de Nederlandse tekst van de richtlijn is sprake van "lichamen"; in andere teksten van de richtlijn is sprake van "bodies" (Engels), "organismes" (Frans) en "Stellen" (Duits). Kennelijk worden aldus niet enkel instellingen met rechtspersoonlijkheid bedoeld, doch ook andere diensten of instellingen. Wel lijkt het te moeten gaan om organismen die een bepaalde structuur hebben, en niet om individuele personen.

Het gebruik van het woord "personen" drukt dan ook niet helemaal uit wat met de richtlijn bedoeld is. Zo de stellers van het ontwerp terecht kunnen menen dat de term "lichaam" niet gebruikelijk is in het Belgisch administratief recht, zouden zij toch een term moeten kiezen die

(1) De in artikel 2, b, bedoelde "overheidsinstanties" zijn "alle overheidsorganen die op nationaal, regionaal of plaatselijk niveau op het gebied van het milieu verantwoordelijkheid dragen en over informatie beschikken, met uitzondering van lichamen die in een rechterlijke of wetgevende hoedanigheid optreden".

nauwer met die van de richtlijn aansluit. De Raad van State geeft ter overweging om de term "dienst", "instelling" of eventueel "organisme" te gebruiken.

1.3. Zoals de ontworpen definitie is geformuleerd, zouden instellingen die door de decreetgever - niet door de Vlaamse regering - zijn opgericht, niet steeds onder de toepassing van het ontworpen decreet vallen. Aan de gemachtigde ambtenaar is gevraagd of het niet beter zou zijn om in een meer algemene zin te schrijven : "... die opgericht zijn door of onder toezicht staan van de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaamse Gewest of ...".

De gemachtigde ambtenaar heeft verklaard dat die suggestie hem terecht lijkt.

In verband met het bedoelde "toezicht" heeft hij nog verduidelijkt dat het kan gaan zowel om een sanctionerend toezicht als om een zekere financiële controle. Wat die laatste controle betreft, verwijst de gemachtigde ambtenaar, bij wijze van voorbeeld, naar de verhouding tussen de n.v. Indaver, de Vlaamse Milieuholding en het Vlaamse Gewest.

1.4. Wat de in artikel 6 van richtlijn 90/313/EEG bedoelde "lichamen" betreft, slaat de verplichting tot openbaarmaking niet op het geheel van de informatie waarover deze lichamen beschikken, maar enkel op de "milieu-informatie" (1).

(1) Voor de definitie van het begrip "milieu-informatie", zie artikel 2, a, van de richtlijn.

Artikel 2, 1°, van het ontwerp beschouwt de daarin bedoelde "personen" daarentegen als "administratieve overheid", ongeacht het soort informatie waarover het gaat. Het valt te betwijfelen of de stellers van het ontwerp in een zo ruime openbaarheidsverplichting willen voorzien. Een zodanige verplichting treedt trouwens de grenzen van de bevoegdheid van de decreetgever te buiten.

Rekening houdende met het voorgaande, alsmede met de opmerkingen 1.2 en 1.3, zou artikel 2, 1°, beter geredigeerd worden als volgt :

"1° administratieve overheid : een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

Diensten/instellingen/organismen die openbare verantwoordelijkheid dragen op milieugebied en die opgericht zijn door of onder toezicht staan van de Vlaamse Gemeenschap, het Vlaamse Gewest of door hen opgerichte diensten of instellingen, worden voor de toepassing van dit decreet geacht een administratieve overheid te zijn in verband met de milieu-informatie waarover zij beschikken;".

2. In artikel 2, 2°, wordt het begrip "bestuursdocument" gedefinieerd. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen "bestuursdocumenten betreffende milieu-informatie" en "andere bestuursdocumenten".

.../...

Wat de drager zelf betreft, lijkt er tussen beide soorten bestuursdocumenten nauwelijks een verschil te zijn. Dat er een onderscheid gemaakt wordt naar gelang van de inhoud van de informatie, heeft te maken met de mogelijke gronden tot afwijzing van een verzoek tot openbaarmaking, als bedoeld in artikel 5, §§ 3 en 4.

Het komt de Raad van State voor dat het logischer zou zijn om in artikel 2 definities op te nemen van het begrip "bestuursdocument", in de meest algemene zin, en van het begrip "milieu-informatie".

Indien die suggestie gevolgd wordt, vervange men het 2° van artikel 2 door de volgende twee bepalingen :

"2° bestuursdocument : de drager, in welke vorm ook, van informatie waarover een administratieve overheid beschikt;

3° milieu-informatie : informatie betreffende

- de toestand van het milieu ...,
- ...,
- ...;".

In artikel 5, §§ 3 en 4, kunnen dan de woorden "als bedoeld in artikel 2, 2°, b)" respectievelijk "als bedoeld in artikel 2, 2°, a)" weggelaten worden.

.../...

3. In artikel 2, 3° (dat, als de hiervóór gedane suggestie gevolgd wordt, artikel 2, 4°, zou worden) wordt het begrip "document van persoonlijke aard" gedefinieerd. Het begrip slaat op een bestuursdocument dat een beoordeeling, een waardeoordeel of "de beschrijving van een gedrag" (lees : "een beschrijving van het gedrag") bevat van een bij naam genoemd of een gemakkelijk identificeerbaar natuurlijk persoon.

De Raad van State stelt vast dat de definitie afwijkt van die welke gegeven wordt in artikel 1, tweede lid, 3°, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur. Volgens die wetsbepaling is een bestuursdocument dat een beoordeling, een waardebeoordeling of de beschrijving van een gedrag bevat, slechts "van persoonlijke aard", als "het ruchtbaar maken (van die beschrijving) aan (de betrokken) persoon een kennelijk nadeel kan berokkenen".

Het weglaten van het vereiste i.v.m. het "kennelijk nadeel" heeft tot gevolg dat de categorie van de "documenten van persoonlijke aard" verruimd wordt. Aangezien voor de toegang tot die documenten een belang vereist wordt (artikel 13, § 1, tweede lid, van het ontwerp), heeft de ontworpen regeling tot gevolg dat de toegankelijkheid, in vergelijking met de federale regeling, beperkt wordt.

De gemachtigde ambtenaar heeft verklaard dat voor die oplossing gekozen werd "vanuit het standpunt dat de bedoelde individuele evaluatiegegevens en waardeoordelen op zichzelf en principieel vertrouwelijk zijn, los van het effect dat de vrijgave ervan zou kunnen hebben voor de betrokken persoon".

.../...

Of die oplossing nog verenigbaar is met het recht op de openbaarheid van bestuursdocumenten, zoals dit erkend is bij artikel 32 van de Grondwet, hangt af van de inhoud die aan het begrip "belang" gegeven wordt, in de zin van artikel 13, § 1, van het ontwerp (1). Op die kwestie wordt dan ook teruggekomen bij de bespreking van artikel 13.

Artikel 5

1. Zoals de MiNa-Raad opmerkt, is er een tegenspraak tussen de tekst van paragraaf 1, 4°, en de memorie van toelichting : gelet op de inleidende zin van paragraaf 1 gaat het om een "relatieve" uitzonderingsgrond (afweging van belangen), terwijl de toelichting de indruk wekt dat de openbaarheid geweigerd moet worden als aan bepaalde voorwaarden is voldaan (2).

De memorie van toelichting zou aangepast moeten worden.

(1) Artikel 32 van de Grondwet laat het weliswaar aan de wet, het decreet en de ordonnantie over om de gevallen te bepalen waarin afgeweken kan worden van het recht op openbaarheid, maar de uitzonderingen kunnen nooit zo ver gaan dat de essentie zelf van het recht erdoor aangetast zou worden. Bovendien dient elke beperking een wettig doel na te streven, en dient er een redelijk evenredigheidsverband te bestaan tussen de gebruikte middelen en het nagestreefde doel (zie Arbitragehof, 25 maart 1997, nr. 17/97, overw. B.6.1).

(2) Advies van de MiNa-Raad van 12 februari 1998, p. 13.

2. Paragraaf 3 voorziet in een bijzondere regeling voor bestuursdocumenten "die worden opgesteld ter voorbereiding van een te nemen administratieve eindbeslissing".

Gelet op de beperkte bevoegdheid waarover de Raad van State i.v.m. die bepaling beschikt (zie algemene opmerking 1), kan hij zich niet meer over het beginsel zelf van de ontworpen regeling uitspreken.

De Raad moet evenwel vaststellen dat het niet zeker is of de tekst de bedoeling van de stellers van het ontwerp wel helemaal weergeeft. In de memorie van toelichting wordt immers gesteld dat de afwijkende regeling slechts zou gelden i.v.m. "een beslissing die binnen een bepaalbare tijd moet genomen worden (gebonden bevoegdheden)" (1). Van een dergelijke beperking is in de tekst van het ontwerp geen sprake.

Indien de stellers van het ontwerp de tekst in overeenstemming willen brengen met de memorie van toelichting, kan gesuggereerd worden om de laatste volzin van paragraaf 3 te vervangen als volgt : "De bedoelde bestuursdocumenten worden niet langer aan de openbaarheid onttrokken, zodra de eindbeslissing is genomen of de termijn verstreken is waarbinnen de eindbeslissing genomen kon worden, ongeacht of de beslissing of de eventueel stilzwijgende beslissing nog vatbaar is voor beroep."

(1) De uitdrukking "gebonden bevoegdheid" staat tegenover "discretionaire bevoegdheid". In de context van een termijn waarbinnen een bepaalde bevoegdheid uitgeoefend moet worden, is het beter de uitdrukking "gebonden bevoegdheid" te vermijden.

Artikel 7

In paragraaf 3 is sprake van "de Vlaamse regering of de Vlaamse minister, bevoegd voor de coördinatie van het voorlichtingsbeleid". Aldus zou de decreetgever zich mengen in de bevoegdheidsverdeling binnen de Vlaamse regering, hetgeen een zaak van de regering zelf is. Men schrappe derhalve de woorden "of de Vlaamse minister, bevoegd voor de coördinatie van het voorlichtingsbeleid".

Artikel 8

Volgens paragraaf 3 kan de Vlaamse regering regels vaststellen m.b.t. de bevoegdheden, de positie en de werking van de voorlichtingsambtenaren en m.b.t. hun onderlinge samenwerking en de coördinatie van hun activiteiten.

Aan de gemachtigde ambtenaar zijn in dit verband de volgende vragen gesteld :

- a. Wat wordt bedoeld met de woorden "positie" (rechts-positie) en "werking" van de voorlichtingsambtenaren ?
- b. Onverminderd de toelichting bij de vorige vraag : waarom moet de in paragraaf 1 genoemde voorlichtingsambtenaar andermaal worden vermeld in paragraaf 3, nu de rechts-positieregeling van de ambtenaren van de diensten van de Vlaamse Gemeenschap een prerogatief is dat op grond van artikel 87, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen aan de regering, en niet aan de decreetgever, is toegekend ?

.../...

Het antwoord van de gemachtigde ambtenaar luidt als volgt :

- "a. De "positie" heeft zowel betrekking op de plaats die de voorlichtingsambtenaren innemen binnen hun instelling (bijv. binnen het organogram, aan wie of aan welk orgaan leggen zij verantwoording af ...) als op bijzondere bepalingen aangaande hun rechtspositie (bijv. contractueel/statutair, bepalingen inzake hun spreekrecht, ...).

De "werking" van de voorlichtingsambtenaren slaat op de wijze waarop zij in staat gesteld worden hun decretaal bepaalde taak uit te voeren; bijvoorbeeld : de toegang tot de bestuursorganen van de instelling, de wijze van toegang tot informatie en documenten binnen hun instelling, de wijze waarop zij kunnen communiceren met de verschillende geledingen van de instelling, redactie van het jaarverslag, organisatie van het woordvoerderschap en de persrelaties binnen de instelling, enz. ...

- b. Artikel 8 bevestigt het principe dat het prerogatief m.b.t. de rechtspositie van de voorlichtingsambtenaren bij de Vlaamse regering berust.

Dit artikel maakt het evenwel gemakkelijker mogelijk dat de Vlaamse regering voor alle voorlichtingsambtenaren van de VOI's (Vlaamse openbare instellingen) samen gemeenschappelijke regels m.b.t. hun rechtspositie oplegt.

Het alternatief is veel omslachtiger, nl. een wijziging van de rechtspositieregeling van elke VOI apart, die elk afzonderlijk aan de Vlaamse regering dient voorgelegd te worden. Een afzonderlijke wijziging van elk van die rechtspositieregelingen, louter in functie van het statuut van de voorlichtingsambtenaar, is geen realistische optie."

.../...

Het is blijkbaar niet de bedoeling om aan de Vlaamse regering een delegatie te verlenen voor het nemen van maatregelen ten aanzien van de voorlichtingsambtenaren binnen het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap. Daarvoor is de Vlaamse regering, zoals reeds is opgemerkt, bevoegd op grond van artikel 87, § 3, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. De woorden "§ 1 en" kunnen dus geschrapt worden. In het laatste zinsdeel kan dan geschreven worden : "... van de in § 1 genoemde voorlichtingsambtenaren, met betrekking tot de onderlinge samenwerking tussen die voorlichtingsambtenaren en die welke bedoeld zijn in § 1, alsmede met betrekking tot de coördinatie van hun activiteiten".

In het licht van de uitleg van de gemachtigde ambtenaar kan het woord "positie" ook beter vervangen worden door "rechtspositie".

Ten slotte moet opgemerkt worden dat, zoals paragraaf 3 geformuleerd is, de Vlaamse regering niet gemachtigd wordt om maatregelen vast te stellen in afwijking van decreetsbepalingen die de inrichting en de werking van een instelling regelen. De aandacht moet er in dit verband op gevestigd worden dat het mogelijk is dat de decreten zelf bepalingen kunnen bevatten die relevant zijn voor het optreden van een voorlichtingsambtenaar (bijv. in verband met de samenstelling en de wijze van beraadslaging van de bestuursorganen) of dat de decreten een bevoegdheid terzake toekennen aan de bestuursorganen van de betrokken instellingen (bijv. in verband met de interne werking of in verband met de rechtspositie van het personeel). Opdat aan

.../...

de bedoeling van de stellers van het ontwerp tegemoetgekomen zou worden, zou in paragraaf 3 gepreciseerd moeten worden dat de bepalingen ervan gelden "in afwijking van daarmee strijdige bepalingen in de decreten".

Artikel 13

1. Volgens paragraaf 1, tweede lid, moet de persoon die toegang wenst te krijgen tot een "document van persoonlijke aard" (zie artikel 2, 3°, van het ontwerp), een "belang" kunnen aantonen. Dit belang wordt slechts aanwezig geacht bij diegene die door het betrokken document of de erop gesteunde beslissing "rechtstreeks, persoonlijk en ongunstig in zijn rechtssituatie kan worden geraakt".

Door het vereiste van een belang te stellen, zou het ontworpen decreet een uitzondering invoeren op het recht op de openbaarheid van bestuursdocumenten, gewaarborgd bij artikel 32 van de Grondwet. Zoals het Arbitragehof heeft overwogen, m.b.t. artikel 9bis van het decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse regering, ingevoegd bij decreet van 13 juni 1996, dient een dergelijke uitzondering o.m. te berusten op een objectief criterium, en moet er een redelijk evenredigheidsverband bestaan tussen de aangewende middelen en het beoogde doel (1).

(1) Arbitragehof, 25 maart 1997, nr. 17/97, overw. B.5.2 en B.6.1.

Uit de memorie van toelichting blijkt dat het vereiste van het belang wordt ingevoerd om "de persoonlijke levenssfeer te beschermen en de behoorlijke werking van de overheidsadministratie te vrijwaren". De bescherming van de persoonlijke levenssfeer, welke gewaarborgd is bij o.m. artikel 22 van de Grondwet, vormt op zichzelf een wettig doel; er moet echter opgemerkt worden dat de persoonlijke levenssfeer reeds een bescherming vindt in de regeling vervat in artikel 5, § 2, 2°, van het ontwerp (zie hierna, opmerking 2). Wat de behoorlijke werking van de overheidsadministratie betreft, is het niet duidelijk in hoeverre dit oogmerk een specifieke regeling ten aanzien van alle mogelijke documenten van persoonlijke aard zou vereisen (1). Voor het verdere onderzoek van het ontwerp zal er echter van uitgegaan worden dat de ontworpen regeling op dit punt wettige doeleinden nastreeft.

In die hypothese moet opgemerkt worden dat het beperken van het belang tot de gevallen waarin de betrokkene "ongunstig" in zijn rechtssituatie kan worden geraakt, niet steeds in een redelijk evenredigheidsverband lijkt te staan tot de hiervóór vermelde doeleinden. Het valt immers niet gemakkelijk in te zien waarom een aanvrager die gunstig geraakt zou kunnen worden door een beslissing die op een document van persoonlijke aard steunt, geen toegang tot dat document zou mogen hebben.

(1) De gemachtigde ambtenaar heeft gewezen "op het risico dat een ruime openbaarheid van (documenten van persoonlijke aard) een "vrije", accurate beoordeling zou hypothekeren en deze zou laten verworden tot het debiteren van vage, nietszeggende algemeenheden". Deze uitleg gaat allicht op voor evaluatiedossiers, maar niet voor alle documenten van persoonlijke aard.

Ook het vereiste dat het belang "rechtstreeks" en "persoonlijk" moet zijn, kan in een aantal gevallen een onevenredige beperking van de toegang tot bestuursdocumenten inhouden. Er mag immers niet uit het oog verloren worden dat een document van persoonlijke aard, zoals hiervóór is opgemerkt, niet noodzakelijk informatie bevat die voor de daarin genoemde persoon nadelig is (zie opmerking 3 bij artikel 2). Het valt bijvoorbeeld moeilijk in te zien waarom een wetenschappelijk belang nooit zou kunnen volstaan om toegang te krijgen tot documenten van persoonlijke aard.

Om te vermijden dat het vereiste van het belang zou resulteren in een te beperkte toegang tot bestuursdocumenten - hetgeen strijdig zou zijn met artikel 32 van de Grondwet -, zouden de stellers van het ontwerp er misschien beter aan doen de kwalificatie van het belang zonder meer uit het ontwerp weg te laten. Daardoor zou de betrokken overheid, onder voorbehoud van toetsing door de rechter, van geval tot geval kunnen en moeten oordelen of het aangevoerde belang voldoende zwaarwichtig is om de toegang tot een document van persoonlijke aard te kunnen verantwoorden.

2. Zoals hiervóór is opgemerkt, wordt de openbaarmaking van documenten van persoonlijke aard mede geregeld door artikel 5, § 2, 2°, van het ontwerp. Naar luid van die bepaling moet een verzoek tot openbaarmaking van een bestuursdocument afgewezen worden "als de openbaarmaking afbreuk doet aan het vertrouwelijk karakter van persoonsgegevens, tenzij de betrokken persoon met de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift ervan heeft ingestemd".

.../...

Gevraagd naar de samenhang tussen de artikelen 5, § 2, 2°, en 13, § 1, tweede lid, heeft de gemachtigde ambtenaar o.m. het volgende verklaard :

"... (Het) aantonen van het omschreven belang (moet) beschouwd worden als een ontvankelijkheidsvereiste waaraan in eerste instantie moet voldaan worden. Gezien er ook een belang van de overheid kan onderkend worden, komt het mij voor dat (dit) vereiste niet enkel door de eventuele toestemming van één partij (de betrokken persoon) kan opgeheven worden.

Overeenkomstig deze gedachtengang zal een verzoek van een derde naar de openbaarmaking van een document van persoonlijke aard moeten afgewezen worden wanneer deze verzoeker er niet in slaagt zijn (persoonlijk) belang aan te tonen.

Als hij daar wel in slaagt, dan komt het beoogde document van persoonlijke aard principieel voor openbaarmaking aan de verzoeker in aanmerking. Hierbij moet dan echter rekening worden gehouden met de uitzonderingsbepalingen van artikel 5. De uitzonderingsgrond omtrent de bescherming van de persoonsgegevens kan dan, in deze tweede fase, door de betrokken persoon worden opgeheven door zijn uitdrukkelijke toestemming."

3. Volgens artikel 13, § 2, mogen de met toepassing van het ontworpen decreet verkregen bestuursdocumenten "niet verspreid of gebruikt worden voor commerciële doeleinden".

De gemachtigde ambtenaar heeft verklaard dat het de bedoeling is dat enkel de verspreiding (of het gebruik) voor commerciële doeleinden verboden wordt. Men schrijve derhalve : "... mogen niet voor commerciële doeleinden verspreid of gebruikt worden".

.../...

Artikel 17

Gelet op de terminologie van artikel 13, § 1, eerste lid, schrijve men in artikel 17, tweede lid : "Een afschrift wordt evenwel enkel overhandigd na ...".

Artikelen 19 tot 22

1. Deze artikelen voorzien in de mogelijkheid van beroep bij een ambtenaar van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, daartoe door de Vlaamse regering aangewezen.

Zoals in de memorie van toelichting wordt uiteengezet, was er aanvankelijk voor geopteerd om de regeling van het decreet van 23 oktober 1991 te bevestigen, en dus te voorzien in een beroep bij de ombudsman. Die werkwijze is uiteindelijk niet gevolgd, gelet op het feit dat de ombudsfunctie inmiddels is verbonden met het Vlaams Parlement.

Volgens artikel 21, derde lid, van het ontwerp dient de bedoelde ambtenaar de taak van beroepsinstantie "in volledige onafhankelijkheid en neutraliteit" uit te oefenen. De aandacht moet erop gevestigd worden dat het in de praktijk moeilijk zou kunnen zijn om de onafhankelijkheid te waarborgen van een ambtenaar die door de Vlaamse regering is benoemd en die voor het verdere verloop van zijn loopbaan van de regering afhankelijk is.

In zijn advies herinnert de SERV eraan dat, met het oog op de vrijwaring van de onafhankelijkheid van de beroepsinstantie, in de regelgeving van de andere overheden is voorzien in de oprichting van een commissie voor de

.../...

toegang tot bestuursdocumenten (1). De decreetgever dient zich af te vragen of een dergelijke regeling niet meer waarborgen biedt dan die welke ontworpen is.

2. Subsidiair moet opgemerkt worden dat de term "ambtenaar" voor verschillende interpretaties vatbaar is. Aan de gemachtigde ambtenaar is gevraagd of de term is gebruikt in zijn traditionele betekenis, d.w.z. met uitsluiting van stagiairs en contractuele personeelsleden, dan wel in zijn huidige, meer algemene betekenis.

De gemachtigde ambtenaar heeft het volgende antwoord gegeven :

"De in artikel 19 genoemde "ambtenaar" is bedoeld in de meer algemene betekenis. Het kan dus gaan om een statutair of contractueel personeelslid van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, met uitsluiting evenwel van een stagiair."

Artikelen 30 en 31

1. Bij deze artikelen worden hoofdstukken i.v.m. het toezicht op de passieve openbaarheid ingevoegd, enerzijds in het decreet van 28 april 1993 houdende regeling, voor het Vlaamse Gewest, van het administratief toezicht op de gemeenten (artikel 30), en anderzijds in het decreet van 22 februari 1995 tot regeling van het administratief toezicht op de provincies in het Vlaamse Gewest (artikel 31).

(1) Advies van de SERV van 11 februari 1998, p. 7.

Ten aanzien van gemeenten en provincies wordt thans reeds voorzien in een verzoek tot heroverweging van een afwijzende beslissing, welke gepaard gaat met een verzoek om advies van de (federale) Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten. Die regeling is vastgesteld bij artikel 9 van de wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten.

Aan de gemachtigde ambtenaar is gevraagd hoe de ontworpen regeling i.v.m. het administratief toezicht zich verhoudt tot de federale regeling i.v.m. het verzoek tot heroverweging. Daarop heeft de gemachtigde ambtenaar de volgende toelichting verstrekt :

"Op basis van de door artikel 7, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 toegekende principiële bevoegdheid voor de organisatie en de uitoefening van het algemeen (1) administratief toezicht op de gemeenten en provincies, en mede gezien het standpunt dienaangaande van de Raad van State in zijn advies L. 24.273 van 6 februari 1996 (blz. 51-54), voorzien artikel 30 en artikel 31 van het voorontwerp van decreet ... in een georganiseerde toezichts-/beroepsprocedure die enkel van toepassing is als het gaat om bestuursdocumenten in aangelegenheden van respectievelijk gemeentelijk en provinciaal belang en/of in aangelegenheden waar de lokale overheden gehouden zijn tot medewerking aan de uitvoering van Vlaamse decreten, besluiten, reglementen ...

De federale wetgever is enkel bevoegd om een specifiek toezicht te organiseren in zoverre het bestuursdocumenten betreft in aangelegenheden waar de lokale overheden gehouden zijn tot medewerking aan de uitvoering van federale wetten en besluiten.

(1) Lees : het "gewoon" administratief toezicht.

De toezichts-/beroepsregelingen opgenomen in artikel 30 en artikel 31 van het voorontwerp van decreet houden zich strikt aan de boven vermelde bevoegdheidsregels. Immers de voorziene beroepsmogelijkheden zijn maar ontvankelijk bij aangelegenheden van gemeentelijk, respectievelijk provinciaal belang en bij taken van medebewind in materies waarvoor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd zijn.

Daartegenover stelt artikel 9 van de wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten in algemene zin een georganiseerd administratief beroep in bij de federale Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten. Inderdaad wordt hierbij geen onderscheid gemaakt tussen documenten van zuiver lokaal belang, documenten die betrekking hebben op federale medebewindstaken of documenten die betrekking hebben op de door de Vlaamse Gemeenschap/Vlaamse Gewest opgedragen medebewindstaken.

In die zin meent de Vlaamse overheid dat de federale beroepsregeling voor gemeenten en provincies van artikel 9 gedeeltelijk door bevoegdheidsoverschrijding is aangetast.

Tijdens haar vergadering van 31 maart 1998 besliste de Vlaamse regering om tegen het artikel 9, § 1, van de wet van 12 november 1997 betreffende de openbaarheid van bestuur in de provincies en gemeenten, een beroep tot vernietiging in te stellen bij het Arbitragehof.

Dit vernietigingsverzoek werd ingediend op 18 juni 1998 en is ingeschreven onder rolnummer 1357. Een uitspraak is er nog niet."

Gelet op het feit dat de federale regeling thans het voorwerp uitmaakt van een betwisting bij het Arbitragehof, onthoudt de Raad van State zich ervan om nader in te gaan op de verhouding tussen die regeling en de ontworpen regeling. De decreetgever zal uit het arrest van het Arbitragehof de nodige gevolgen moeten trekken, en het ontwerp in voorkomend geval moeten aanpassen.

.../...

2. Subsidiair wordt nog het volgende opgemerkt.

2.1. Volgens het ontworpen artikel 33bis, tweede lid, van het decreet van 28 april 1993 is het beroep enkel ontvankelijk "als het bestuursdocumenten betreft over aangelegenheden van gemeentelijk belang en/of over aangelegenheden waarbij de gemeenteverheid gehouden is tot medewerking aan de uitvoering van de decreten en reglementen". Een analoge regeling, i.v.m. de provincies, is vervat in het ontworpen artikel 24bis, tweede lid, van het decreet van 22 februari 1995.

Die bepalingen doen een aantal problemen rijzen.

Uit artikel 162, tweede lid, 6°, van de Grondwet volgt dat alle handelingen van de gemeentelijke of de provinciale overheid onderworpen moeten zijn aan een stelsel van administratief toezicht. Met toepassing van artikel 162, derde lid, van de Grondwet is de bevoegdheid terzake bij artikel 7, eerste lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen in beginsel toegekend aan de gewesten. Wat het Vlaamse Gewest betreft, wordt het administratief toezicht geregeld in de decreten van 28 april 1993 en 22 februari 1995.

Artikel 7, eerste lid, b, van de bijzondere wet onttrekt aan de bevoegdheid van de gewesten het administratief toezicht in de aangelegenheden "waarvoor de federale overheid of de Gemeenschapsoverheid bevoegd is en waarvoor bij de wet of het decreet een specifiek toezicht is

.../...

georganiseerd". Het betreft hier een accessoire bevoegdheid van de federale overheid en de gemeenschappen. In zoverre die overheden, in het kader van het zgn. medebewind, een specifiek toezicht organiseren, primeert die toezichtsregeling van rechtswege op het gewoon administratief toezicht dat door de gewesten is geregeld.

In het licht van die bevoegdheidsverdeling, kan de gewestdecreetgever niet bepalen dat een door hem ingestelde toezichtsregeling geldt voor aangelegenheden waarbij de gemeentelijke of de provinciale overheid gehouden is tot medewerking aan de uitvoering van "decreten en reglementen". In zoverre daarmee ook decreten van de gemeenschap en reglementen van de federale overheid zijn bedoeld, en in zoverre die overheden een specifiek administratief toezicht hebben ingesteld, kan de gewestwetgever immers niet opleggen dat de door hem ingestelde regeling van gewoon administratief toezicht toepassing vindt. Op dit punt zijn de ontworpen bepalingen derhalve door een bevoegdheidsoverschrijding aangetast.

Voor het overige is het niet nodig te preciseren dat beslissingen i.v.m. de passieve openbaarheid onder de ontworpen toezichtsregeling vallen, in zoverre de bestuursdocumenten betrekking hebben op aangelegenheden van gemeentelijk of provinciaal belang. Alle regelingen die vervat zijn in de decreten van 28 april 1993 en 22 februari 1995, en dus niet enkel die welke het voorwerp uitmaken van de ontworpen hoofdstukken, hebben in ieder geval betrekking op aangelegenheden van gemeentelijk of provinciaal belang. Op dit punt zijn de ontworpen bepalingen dus overbodig.

.../...

De conclusie uit het voorgaande is dan ook dat het ontworpen artikel 33bis, tweede lid, van het decreet van 28 april 1993 en het ontworpen artikel 24bis, tweede lid, van het decreet van 22 februari 1995 weggelaten moeten worden. Het gevolg zal dan zijn dat de ontworpen regeling zal gelden ten aanzien van alle beslissingen i.v.m. de passieve openbaarheid, met uitzondering van die waarvoor de federale overheid of de Vlaamse Gemeenschap, in het kader van het medebewind, in een specifieke toezichtsregeling zou voorzien.

2.2. Het zou meer in overeenstemming zijn met de gangbare terminologie om de woorden "gemeenteoverheid" en "provincieoverheid" telkens te vervangen door "gemeentelijke administratieve overheid" en "provinciale administratieve overheid".

Het is ook beter om het te hebben over het "afwijzen" van een "aanvraag tot" openbaarmaking, in plaats van over het "weigeren" van "de openbaarmaking".

2.3. In het decreet van 28 april 1993 zijn bij decreet van 17 maart 1998 reeds de artikelen 33bis tot 33quinquies ingevoegd.

Men vernummere de ontworpen artikelen 33bis e.v. derhalve tot de artikelen 33sexies e.v.

.../...

Artikel 33

Dit artikel voorziet in de opheffing van o.m. het decreet van 23 oktober 1991 (1°) en het besluit van de Vlaamse regering van 9 december 1992 tot regeling van de ombudsfunctie in de diensten en instellingen van de Vlaamse regering (4°). Aldus wordt voorzien in de afschaffing van het ambt van ombudsman, zoals bedoeld in artikel 12 van het decreet van 23 oktober 1991, niet enkel wat diens bevoegdheden in het kader van de openbaarheid van bestuursdocumenten betreft, maar ook wat zijn "traditionele" ombudsbevoegdheden betreft.

Die afschaffing is het gevolg van het feit dat inmiddels het decreet van 7 juli 1998 houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst is afgekondigd. Dat decreet voorziet in een ander soort ambt van ombudsman dan dat wat bedoeld is in het decreet van 23 oktober 1991.

Er moet evenwel vastgesteld worden dat het decreet van 7 juli 1998 op 1 september 1998 in werking is getreden. De vraag rijst of bij de opheffing van de bepalingen i.v.m. de "vroegere" ombudsdienst geen rekening gehouden moet worden met de datum waarop de bepalingen i.v.m. de "nieuwe" ombudsdienst in werking zijn getreden.

Hierover ondervraagd, heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende verklaard :

"Wat de «traditionele taken» van de ombudsman betreft is er momenteel reeds een virtuele overlapping met de parlementaire ombudsfunctie.

.../...

Op 7 juli 1998 werd immers het decreet houdende instelling van de Vlaamse ombudsdienst door het Vlaamse parlement aangenomen (B.S., 25 augustus 1998). Dit decreet trad in werking op 1 september 1998.

Vermits het besluit van de Vlaamse regering van 9 december 1992 tot regeling van de ombudsfunctie in de diensten en instellingen van de Vlaamse regering (B.S., 15 december 1992) niet wordt opgeheven door het hoger vermelde decreet van 7 juli 1998, blijft de ombudsman bij de Vlaamse regering vooralsnog de bevoegdheid behouden om zijn beroepsfunctie inzake de openbaarheid, zijn verwijsfunctie en zijn echte ombudstaken (artikelen 9 en 10 van het besluit van de Vlaamse regering van 9 december 1992) verder uit te oefenen.

In feite komt dit goed uit omdat er nog geen parlementaire ombudsman is en de operationalisering van deze dienst maar tegen begin 1999 mag verwacht worden.

Om een continuïteit in de werking van een Vlaamse ombudsfunctie te kunnen verwezenlijken, zou er inderdaad best op gelet worden dat de opheffing van het besluit van 9 december 1992 (door het nieuwe openbarheidsdecreet) zou samenvallen met de effectieve start van de Vlaamse ombudsdienst bij het Parlement."

Gelet op die toelichting, zou het beter zijn om in een uitdrukkelijke regeling te voorzien voor de inwerking-treding van de bepalingen waarbij artikel 12 van het decreet van 23 oktober 1991 en het besluit van de Vlaamse regering van 9 december 1992 tot regeling van de ombudsfunctie in de diensten en instellingen van de Vlaamse regering worden opgeheven. De opheffing zou bijvoorbeeld gekoppeld kunnen worden aan de datum waarop de "parlementaire ombudsman" de eed aflegt (zie artikel 5 van het decreet van 7 juli 1998). Er zou ook geopteerd kunnen worden om de inwerking-treding van de voornoemde opheffingsbepalingen op te dragen aan de Vlaamse regering, waarbij deze dan met de datum van de eedaflegging rekening zou kunnen houden.

.../...

Artikel 34

Volgens dit artikel worden de verzoeken tot openbaarmaking, verbetering of aanvulling van bestuursdocumenten, ingediend op de datum van inwerkingtreding van het ontworpen decreet, verder afgehandeld overeenkomstig artikel 12, §§ 1 en 2, van het decreet van 23 oktober 1991.

Het is niet duidelijk of die bepaling inhoudt dat de in het decreet van 23 oktober 1991 bedoelde ombudsman bevoegd blijft om de beroepen te behandelen, dan wel of de bevoegdheid overgedragen wordt aan de ambtenaar bedoeld in artikel 19 van het ontwerp, die dan zou moeten beslissen met inachtneming van de termijnen en de procedureregels bepaald in artikel 12, §§ 1 en 2, van het decreet van 23 oktober 1991.

Hierover ondervraagd, heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende verklaard :

"Wij gaan ervan uit dat bij de inwerkingtreding van het nieuwe decreet betreffende de openbaarheid van bestuur, de in het decreet van 23 oktober 1991 gecreëerde ombudsman als beroepsinstantie wordt opgeheven.

Het is de bedoeling dat de nieuwe beroepsinstantie de op dat moment ingediende openbaarheidsberoepen afwerkt volgens de regels, termijnen en procedures van het decreet van 1991."

De aldus gepreciseerde bedoeling blijkt onvoldoende uit de tekst van het ontwerp. Artikel 34 zou in die zin aangepast moeten worden.

.../...

Artikel 35

Dit artikel hoort niet thuis in een hoofdstuk dat voor het overige uit opheffings- en overgangsbepalingen bestaat. Het zou beter zijn dit artikel op te nemen in titel I (Algemene bepalingen).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	W. DEROOVER,	kamervoorzitter,
	D. ALBRECHT,	staatsraden,
	P. LEMMENS,	
	A. ALEN,	assessoren van de
	H. COUSY,	afdeling wetgeving,
Mevrouw	F. LIEVENS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. G. VAN HAEGENDOREN, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, referendaris.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

F. LIEVENS

W. DEROOVER