

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.018/3
VAN 27 MAART 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 29 februari 2012 door de Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot regeling van het archiefbeheer’, heeft het volgende advies gegeven:

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

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering strekt ertoe te voorzien in de uitvoering van een aantal onderdelen van het decreet van 9 juli 2010 ‘betreffende de bestuurlijk-administratieve archiefwerking’ (hierna: Archiefdecreet). De inhoud van het ontwerp komt neer op het volgende:

- er worden criteria bepaald waaraan het archiefbeheer moet voldoen (artikelen 2 tot 7 van het ontwerp);
- de oprichting, de samenstelling en de werking van zeven selectiecommissies worden geregeld (artikelen 8 tot 19 van het ontwerp), en er wordt bepaald op welke wijze deze selectiecommissies selectielijsten tot stand brengen en de Vlaamse Regering deze selectielijsten kan bekrachtigen (artikelen 20 tot 25 van het ontwerp);
- er wordt voorzien in de oprichting van een steunpunt voor de ondersteuning van de archiefzorg en het archiefbeheer (artikelen 26 en 27 van het ontwerp).

BEVOEGDHEID VAN DE VLAAMSE GEMEENSCHAP EN HET VLAAMSE GEWEST

3. In advies 47.624/AV/3 van 23 februari 2010 heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving van de Raad van State zich uitgesproken over de bevoegdheid inzake archiefbeheer.¹ Samengevat kwam de Raad van State tot de volgende conclusie. Voor het regelen van het “levend” archief zijn de gewesten, de gemeenschappen en de federale overheid bevoegd, naargelang de materiële bevoegdheid waarop de archiefdocumenten betrekking hebben. Voor het

¹ Advies 47.624/AV/3 van 23 februari 2010 over het ontwerp dat geleid heeft tot het Archiefdecreet van 9 juli 2010, *Parl.St.* Vl. Parl. 2009-10, nr. 547/1, 61-86.

regelen van het “dood” archief zijn in beginsel de gemeenschappen bevoegd,² met dien verstande dat de federale overheid bevoegd gebleven is voor het Rijksarchief.

Toegepast op het ontwerp dat tot het Archiefdecreet heeft geleid, kwam de Raad van State tot de volgende conclusie:

“Voor zover het ontwerp bepalingen bevat inzake het levend archief van die instanties [lees: de provincies en de gemeenten en de openbare instellingen die aan hun controle of administratief toezicht zijn onderworpen], zijn de organen van de Vlaamse Gemeenschap – die in het Vlaams Gewest ook de bevoegdheden van de gewestorganen uitoefenen (...) – bevoegd (...).”

Voor zover het evenwel om bepalingen inzake het dood archief van die instanties gaat, wordt die aangelegenheid geregeld door de Archiefwet en is de federale overheid bevoegd (...).”³

De opvatting van de Raad van State is niet gedeeld door de decreetgever,⁴ die het ontwerp van decreet – op dit punt althans – ongewijzigd heeft aangenomen.

Tegen het Archiefdecreet is onder meer door de federale Ministerraad een beroep tot vernietiging ingesteld bij het Grondwettelijk Hof.^{5 6} Vooralsnog heeft het Hof hierover geen uitspraak gedaan.

In de gegeven omstandigheden beperkt de Raad van State zich tot het maken van een voorbehoud inzake de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest. Het Grondwettelijk Hof zal terzake uitsluitel moeten geven.

² In het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad behoort deze aangelegenheid tot de bevoegdheid van de federale overheid, op grond van haar residuaire bevoegdheid inzake bi-culturele aangelegenheden.

³ Aangehaald advies, p. 86, nr. 4.4.

⁴ Memorie van toelichting, *Parl.St.* Vl. Parl. 2009-10, nr. 547/1, 6-8.

⁵ Zie het bericht in *B.S.* 10 maart 2011, 15925.

⁶ Uit het gemeenschappelijk advies van de Vlaamse Adviesraad voor Bestuurszaken en de Strategische Adviesraad voor Cultuur, Jeugd, Sport en Media van 14 februari 2012 over het voorliggende ontwerp (pp. 3 en 5) blijkt dat precies de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaams Gewest inzake het selectiebeleid wordt betwist.

In zoverre het ontwerp betrekking heeft op het dood archief van de provincies en de gemeenten en de openbare instellingen die aan hun controle of administratief toezicht zijn onderworpen, worden de hierna volgende opmerkingen gemaakt onder voorbehoud van een bevestiging van de bevoegdheid van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest door het Grondwettelijk Hof.

RECHTSGROND

4. Blijkens het eerste lid van de aanhef wordt de rechtsgrond voor het ontworpen besluit gezocht in de artikelen 5, 7, 10 en 11 van het Archiefdecreet.

Die bepalingen bieden inderdaad rechtsgrond aan de artikelen 1 tot 25 van het ontwerp.

De artikelen 26 en 27 van het ontwerp voorzien in de oprichting van een steunpunt voor bestuurlijk-administratieve archiefwerking en een stuurgroep bij dit steunpunt. Het gaat om diensten binnen een bepaald departement. De genoemde bepalingen vinden rechtsgrond in artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen'. Overeenkomstig die laatste bepaling komt het aan de Vlaamse Regering toe om de organisatie en de werking van haar diensten te regelen. Het gegeven dat de stuurgroep bij het steunpunt kan worden uitgebreid met vertegenwoordigers van zorgdragers en universitaire en wetenschappelijke instellingen (artikel 27, derde lid), doet overigens niets af aan het feit dat het gaat om een dienst van de Vlaamse Regering.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

5. Er dient een nieuw eerste lid in de aanhef te worden ingevoegd, waarin wordt verwezen naar artikel 87, § 1, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' (zie opmerking 4).

6. Het huidige derde en vierde lid dienen te worden geïntegreerd, aangezien beide instanties een gezamenlijk advies hebben uitgebracht.

7. In het zesde lid wordt verwezen naar het Verdrag van de Raad van Europa inzake de toegang tot officiële documenten. Dit verdrag, ondertekend te Tromsø op 18 juni 2009, is nog niet in werking getreden. Bovendien heeft België het verdrag wel ondertekend, maar nog niet bekrachtigd.⁷ In die omstandigheden heeft het weinig zin in de aanhef naar het verdrag te verwijzen.

Artikel 1

8. In artikel 1, 2°, van het ontwerp wordt “minister” gedefinieerd als “de Vlaamse minister bevoegd voor Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand”. In een definitie moet echter de abstracte bevoegdheid vermeld worden, en niet de concrete titel van de minister die bevoegd is op het ogenblik dat het besluit wordt genomen. Men definiëre de minister dus als “de Vlaamse minister bevoegd voor Bestuurszaken”.

Artikelen 3 en 5

9. In de artikelen 3 en 5 wordt telkens verwezen naar “internationaal aanvaarde normen”: bij artikel 3, derde lid, wordt aan de zorgdragers de verplichting opgelegd om de procedures van archiefbeheer te baseren op “internationaal aanvaarde normen”, bij artikel 5 wordt aan de Vlaamse minister bevoegd voor Bestuurszaken (hierna: de minister) de bevoegdheid verleend om inzake de staat van de archiefdocumenten, de procedures voor het archiefbeheer en het overwicht van de beschrijvende staten van de archiefdocumenten bepaalde “internationaal aanvaarde normen” vast te leggen.

De gemachtigde heeft in dit verband verklaard dat de in het ontwerp vastgestelde kwaliteitscriteria voor archiefbeheer (artikelen 2 tot 4) zijn geïnspireerd door de norm ISO-5489⁸. Om die kwaliteitscriteria in de praktijk te brengen kunnen de zorgdragers gebruikmaken van bestaande goede praktijken. Die goede praktijken zijn in het algemeen toegankelijk op het internet, en vaak is daarvoor ook open-bron software beschikbaar.⁹

⁷ Zie de informatie die beschikbaar is op de website van de dienst verdragen van de Raad van Europa: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG>.

⁸ Volgens de website van de “International Organization for Standardization” (ISO) gaat het om de norm ISO-15489-1 van 2001, en heeft die betrekking op “Information and documentation – Records management – Part 1”. Zie http://www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=31908.

⁹ De gemachtigde heeft de Raad van State een lijst van relevant geachte websites bezorgd.

Voorts heeft de gemachtigde verklaard dat zorgdragers de operationele vrijheid krijgen om de kwaliteitscriteria na te streven. Ze kunnen kiezen welke weg ze bewandelen. De reden waarom in het besluit staat dat men moet aansluiten bij internationaal aanvaarde normen, is om te vermijden dat een zorgdrager (voornamelijk in het geval van digitale archivering) zou kiezen voor bewaarstrategieën die onvoldoende toekomstvast zijn.

De gemachtigde heeft ten slotte verklaard dat er voor sommige aspecten verscheidene standaarden bestaan. Het is precies om die reden dat de minister wordt gemachtigd om in bepaalde gevallen één welbepaalde “internationaal aanvaarde norm” vast te leggen.¹⁰ Als de minister een norm oplegt, betekent dit echter nog niet dat de zorgdragers geen eigen beleidskeuzes meer kunnen maken. De normen (inzake digitale archivering) laten steeds een zekere technische vertaling toe.

Uit die toelichting blijkt dat de bedoelde normen op zich niet bindend zijn. Toch is de verwijzing ernaar niet vrijblijvend. De zorgdragers zijn verplicht de door hen opgestelde procedures te “baseren” op die normen, en de minister kan bepalen welke normen voor het archiefbeheer gevolgd moeten worden.

De verwijzing naar de genoemde “internationaal aanvaarde normen” is in die omstandigheden niet zonder bezwaren.

Het gaat vooreerst om “normen” die niet door de constitutioneel (of Europeesrechtelijk) daartoe bevoegde organen tot stand zijn gebracht, die niet zijn onderworpen aan de geldende waarborgen bij de totstandkoming van regelgeving, en die niet in het Belgisch Staatsblad (of het Publicatieblad van de Europese Unie) zijn bekendgemaakt.

Voorts kan uit de tekst van het ontwerp niet worden afgeleid welke “internationaal aanvaarde normen” precies worden bedoeld, noch welke de juiste inhoud is van deze normen.¹¹ Bovendien zijn de aanvaarde praktijken in verspreide teksten neergelegd en zijn de normen niet noodzakelijk vrij toegankelijk.¹²

¹⁰ Bijvoorbeeld het verplicht hanteren van “open” bewaarstrategieën, terwijl op dit ogenblik in bepaalde specifieke gevallen – ook internationaal – een gesloten bewaarstrategie gangbaar is.

¹¹ Zo beaamde de gemachtigde dat op sommige terreinen verschillende internationaal aanvaarde praktijken bestaan, waarbij een bepaalde tendens dan wel een overwicht kan hebben, zonder dat dit evenwel tot gevolg heeft dat die tendens maatgevend is.

¹² ISO-normen bijvoorbeeld kunnen enkel tegen betaling verkregen worden.

Om aan voormelde bezwaren enigszins tegemoet te komen, zou de Vlaamse Regering (of, bij delegatie, de minister) minstens op elk ogenblik op een toegankelijke en duidelijke wijze moeten aangeven¹³ om welke normen het gaat, en waar ze zijn bekendgemaakt.

Artikel 6

10. Volgens artikel 6 zijn de uitvoerders van het archiefbeheer deskundig door opleiding of door relevante beroepservaring.

In de “memorie van toelichting”¹⁴ wordt gesteld dat het “de verantwoordelijkheid van de zorgdrager [is] om ervoor te zorgen dat degenen die betrokken zijn bij het archiefbeheer over de nodige expertise beschikken”. Met artikel 6 wordt dus een verplichting opgelegd aan de zorgdragers. Dit blijkt echter onvoldoende uit de tekst van die bepaling.

Artikel 7

11. Volgens artikel 7 leven de uitvoerders van het archiefbeheer een deontologische code na, alsmede de verplichtingen eigen aan hun ambt.

In de “memorie van toelichting” wordt in dit verband het volgende gesteld:

“Het is aangewezen om de deontologische code voor archivariissen over te nemen, die is opgemaakt en vastgesteld door de International Council on Archives. (...)”

Zorgdragers zoals OCMW’s, provincies en gemeenten, waarvan de raden en besturen krachtens de organieke decreten op de lokale besturen een deontologische code moeten aannemen, zullen erover moeten waken dat de code vermeld in dit artikel niet conflicteert met deze code. (...)”

In zoverre in artikel 7 wordt verwezen naar een specifieke deontologische code voor de uitvoerders van het archiefbeheer, wordt dus in de eerste plaats aan de zorgdragers de verplichting opgelegd om te voorzien in een dergelijke code. De regel dat de bepalingen van die code bij lokale besturen voorts niet strijdig mogen zijn met de algemene deontologische code

¹³ Bijvoorbeeld op een eigen website.

¹⁴ Bij het ontwerpbesluit hebben de stellers van het ontwerp, naast de gebruikelijke nota aan de Vlaamse Regering, ook een toelichting gevoegd, genaamd “memorie van toelichting”. Voor zover het de bedoeling is dat deze toelichting bekendgemaakt wordt, dient deze omgevormd te worden tot een verslag aan de Regering.

voor de personeelsleden van die besturen, zit allicht vervat in de bepaling dat de uitvoerders van het archiefbeheer ook de “verplichtingen eigen aan hun ambt” moeten naleven.

De bedoeling van de stellers van het ontwerp blijkt echter onvoldoende uit de tekst van artikel 7.

Artikel 10

12. Aangezien het lidmaatschap van een selectiecommissie geen “betrekking” is in de “statutaire” zin van het woord, schrijve men in artikel 10, 1°, “het beoogde lidmaatschap” in plaats van “de beoogde betrekking”.

Artikel 19

13. Volgens artikel 19, § 1, hebben enkel de commissieleden die werken bij een zorgdrager recht op een reis- en maaltijdvergoeding. Uit artikel 10 van het ontwerp volgt dat ook personen die niet zijn tewerkgesteld zijn bij een zorgdrager tot lid van een commissie kunnen worden benoemd, op voorwaarde dat ze voldoende expertise hebben. Men denke bijvoorbeeld aan onderzoekers van universiteiten.

De vraag rijst of artikel 19, § 1, geen verschil in behandeling in het leven roept tussen, enerzijds, commissieleden die tewerkgesteld zijn bij een zorgdrager, en anderzijds, commissieleden die dat niet zijn, en of voor dat verschil in behandeling een afdoende verantwoording gegeven kan worden.

Hierop gewezen, heeft de gemachtigde verklaard dat de redenering achter deze bepaling is dat als selectiecommissies bijvoorbeeld consultants onder hun leden tellen, dezen hiervoor geen vergoeding kunnen krijgen. Hij beaamt echter dat het niet onlogisch zou zijn om de vergoeding ook te laten gelden voor de leden die werkzaam zijn bij universitaire en wetenschappelijke instellingen.

De tekst zou dan ook best aangepast worden.

Artikel 29

14. In de uitvoeringsbepaling van artikel 29 van het ontwerp moeten, zoals in de definitie van het begrip “minister” in artikel 1, 2° (zie opmerking 8), niet de concrete titels van de betrokken ministers, maar hun abstracte bevoegdheden vermeld worden. Men schrijve dus: “De Vlaamse minister bevoegd voor Bestuurszaken, en de Vlaamse minister bevoegd voor Cultuur, zijn ...”.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. SMETS,	
	B. SEUTIN,	staatsraden,
	J. VELAERS,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Heer B. STEEN, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS