



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 68.572/3
van 26 januari 2021

over

een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en
het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het Bestuursdecreet van
7 december 2018 ’

Op 21 december 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister-president van de Vlaamse Regering en Vlaamse minister van Buitenlandse Zaken, Cultuur, ICT en Facilitair Management verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het Bestuursdecreet van 7 december 2018’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 19 en 26 januari 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, adjunct-auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 januari 2021.

*

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 rechtsgrond¹, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van decreet strekt tot de wijziging van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (hierna: het Bestuursdecreet) op verschillende punten.

De artikelen 2, 3, 19, 20, 23 tot 46 en 69 van het voorontwerp voorzien in de omzetting van richtlijn (EU) 2019/1024 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ‘inzake open data en het hergebruik van overheidsinformatie’.² Deze richtlijn is in de plaats gekomen van richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003 ‘inzake het hergebruik van overheidsinformatie’ en noopt tot een aanpassing en aanvulling van de omzettingsbepalingen van die laatste richtlijn in het Bestuursdecreet.

De artikelen 4 tot 7 wijzigen bepalingen inzake de elektronische uitwisseling van berichten en inzake bestuurshandelingen in elektronische vorm.

Het voorontwerp bevat ook bepalingen die betrekking hebben op een aanpassing van een uitzondering op het beginsel van openbaarheid van bestuur in het licht van een arrest van het Grondwettelijk Hof³ en een nieuwe uitzondering op dit beginsel (artikelen 9 en 10), het verbod voor een aanvrager om informatie van persoonlijke aard te gebruiken om zijn vrijheid van meningsuiting en informatie uit te oefenen (artikel 13), de opheffing van de regel van de verplichte registratie van aanvragen en beroepen inzake de toegang tot bestuursdocumenten (artikelen 8, 11, 12, 15 en 17), de wijziging van de regels inzake termijnen en informatie voor het instellen van beroep bij de beroepsinstantie openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie (artikel 16), bepaalde wijzigingen inzake de beroepsprocedure bij en de bevoegdheden van de beroepsinstantie (artikelen 18, 2°, en 47 tot 49) en inzake de aanvragen tot hergebruik van overheidsinformatie (artikelen 21 en 22).

De artikelen 50 en 51 wijzigen bepalingen van afdeling 5 (“Vrijwaring van de strategische belangen van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest”) van hoofdstuk 2 van titel III van het Bestuursdecreet.

De artikelen 52 tot 54 wijzigen bepalingen van afdeling 3 (“Elektronisch bestuurlijk gegevensverkeer”) en afdeling 4 (“Stuurorgaan Vlaams Informatie- en ICT-beleid”) van hoofdstuk 3 van titel III van het Bestuursdecreet.

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

² Er zijn ook nog andere bepalingen in het voorontwerp die worden aangepast naar aanleiding van deze omzetting, maar die geen rechtstreekse omzettingsbepalingen vormen.

³ GwH 12 maart 2020, nr. 43/2020.

De artikelen 55 tot 58 wijzigen bepalingen van afdeling 8 (“Organisatie van het statistiekbeleid”) van hoofdstuk 3 van titel III van het Bestuursdecreet.

De artikelen 59 tot 62 voegen in hoofdstuk 3 van titel III van het Bestuursdecreet een nieuwe afdeling 8/1 in (“Verwerking van persoonsgegevens voor beleidsondersteunende taken”), met nieuwe bepalingen inzake de verwerking van persoonsgegevens.

Voorts bevat het voorontwerp een aanpassing van een verwijzing naar federale wetgeving inzake bedrijfsrevisoren (artikel 63), een wijziging van de rapportageverplichtingen aan het Vlaams Parlement en de Europese Commissie (artikelen 64 en 65), een aanpassing van bestaande verwijzingen (artikelen 14, 18, 1°, en 66), een wijziging van artikel III.121 van het Bestuursdecreet inzake experimentregelgeving of regelluwe zones (artikel 67) en een bepaling inzake de duurtijd van de benoemingen van externe innovators (artikel 68).

Het aan te nemen decreet treedt in werking op 17 juli 2021 (artikel 69).

VORMVEREISTEN

3.1. Het voorontwerp bevat bepalingen die de verwerking van persoonsgegevens regelen, zoals onder meer de artikelen 58, 60, 61 en 62.

Artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna: AVG), gelezen in samenhang met artikel 57, lid 1, c), en overweging 96 van die verordening, voorziet in een verplichting om de toezichthoudende autoriteit, in dit geval de Gegevensbeschermingsautoriteit bedoeld in de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’, te raadplegen bij het opstellen van een voorstel voor een door een nationaal parlement vast te stellen wetgevingsmaatregel, of een daarop gebaseerde regelgevingsmaatregel in verband met verwerking.

3.2. Op 17 november 2020 heeft de Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens advies nr. 2020/45 gegeven over het voorontwerp.

3.3. In advies 61.267/2/AV van 27 juni 2017 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 3 december 2017,⁴ heeft de algemene vergadering van de afdeling Wetgeving uiteengezet dat noch de AVG,⁵ noch de bevoegdheidsverdelende regels eraan in de weg staan dat in eenzelfde lidstaat meerdere toezichthoudende autoriteiten worden opgericht. In dat advies wordt gesteld dat de gemeenschappen en gewesten autoriteiten kunnen oprichten die toezicht houden op de naleving van de ‘specifieke’ regels die de deelstaten ter uitvoering van de AVG hebben vastgesteld inzake de verwerking van persoonsgegevens in het kader van activiteiten die

⁴ Parl.St. Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 103-132.

⁵ Zie immers artikel 51, lid 1, van de AVG.

onder hun bevoegdheid vallen.⁶ Het verlenen van de bevoegdheid aan die autoriteiten om adviezen te geven, teneinde te voldoen aan de verplichting die voortvloeit uit de in opmerking 3.1 aangehaalde verordeningsbepalingen, hoort daar ook onder.

Zoals echter eveneens in het voormelde advies is uiteengezet, is het de Gegevensbeschermingsautoriteit die belast is met het toezicht op de naleving van de ‘algemene’ regels inzake de verwerking van persoonsgegevens, met inbegrip van de algemene regels die de federale overheid ter uitvoering van de AVG heeft vastgesteld.⁷ Daaronder valt ook de bevoegdheid om, wat die regels betreft, advies te geven teneinde te voldoen aan de voormelde adviesverplichting.

De conclusie is dan ook dat het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit alsnog moet worden ingewonnen vooraleer het voorontwerp doorgang kan vinden.

3.4. Indien de adviesaanvrager van oordeel zou zijn dat het raadplegen van zowel de Gegevensbeschermingsautoriteit als de Vlaamse toezichtcommissie problematisch zou kunnen zijn, staat het aan hem om een initiatief te nemen om desgevallend een samenwerkingsakkoord te sluiten over de wijze waarop de adviesverplichting die voortvloeit uit de in opmerking 3.1 aangehaalde verordeningsbepalingen door de toezichthoudende autoriteiten van de federale overheid, de gemeenschappen en de gewesten kan worden vervuld,⁸ op voorwaarde dat hiermee geen uitwisseling, afstand of teruggave van bevoegdheid in hoofde van de betrokken overheden gepaard gaat.

Een dergelijke samenwerking zou overigens ook in het verlengde liggen van de bepalingen van de AVG met betrekking tot zowel de vereiste afstemming van de toezichthoudende autoriteiten van verscheidene lidstaten⁹ op elkaar als de vereiste onderlinge afstemming van de toezichthoudende autoriteiten van eenzelfde lidstaat op elkaar.¹⁰⁻¹¹

3.5. Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst ten gevolge van het inwinnen van het voornoemde advies nog wijzigingen zou ondergaan,¹² moeten de gewijzigde of toegevoegde bepalingen, ter inachtneming van het voorschrift van artikel 3, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

⁶ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2648/001, 115 (opmerking 7.1).

⁷ *Ibid.*, 106-115 (opmerkingen 1 tot 6) en 117 (opmerking 3).

⁸ Zie in dat verband ook de meer algemene suggestie in advies 61.267/2/AV, *l.c.*, 115-116 (opmerking 8).

⁹ Zie de artikelen 60 tot 67 van de AVG.

¹⁰ Zie artikel 51, leden 1 tot 3, van de AVG.

¹¹ Zie *adv.RvS* 66.033/1/AV van 3 juni 2019 over een ontwerp dat heeft geleid tot het besluit van de Vlaamse Regering van 7 juni 2019 ‘tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 10 december 2010 tot uitvoering van het decreet betreffende de private arbeidsbemiddeling, wat betreft de invoering van een registratieverplichting voor sportmakelaars’, opmerkingen 5.1 tot 5.4.

¹² Namelijk andere wijzigingen dan diegene waarvan in dit advies melding wordt gemaakt of wijzigingen die ertoe strekken tegemoet te komen aan hetgeen in dit advies wordt opgemerkt.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4. In het ontworpen artikel II.23/1 van het Bestuursdecreet (artikel 6 van het voorontwerp) wordt voorzien in een regeling voor overheidsinstanties als vermeld in artikel II.18 van het Bestuursdecreet om de eBox te gebruiken voor de elektronische uitwisseling van berichten. De eBox is een dienst die wordt aangeboden door de Federale Overheidsdienst die bevoegd is voor Digitale Agenda die gebruikers toelaat om elektronische berichten uit te wisselen met natuurlijke personen of hun vertegenwoordigers en de dienst aangeboden door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid die gebruikers toelaat om elektronische berichten uit te wisselen met houders van een ondernemingsnummer zoals bepaald in artikel III.16 van het Wetboek van Economische Recht of hun vertegenwoordigers.¹³ In artikel 12 van de wet van 27 februari 2019 ‘inzake de elektronische uitwisseling van berichten via de eBox’ wordt bepaald dat “[o]nder de voorwaarden en volgens de nadere regels bepaald door de Gewesten en de Gemeenschappen, (...) de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheden en de instanties die van hen afhangen, [kunnen] gebruik maken van de eBox”.

Op de vraag of ter zake een samenwerkingsakkoord werd gesloten met de federale overheid, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Agentschap Informatie Vlaanderen en FOD BOSA hebben reeds een ambtelijk samenwerkingsakkoord gesloten m.b.t. het gebruik van de eBox voor burgers. VLAIO en Informatie Vlaanderen hebben de intentie om met RSZ een ambtelijk samenwerkingsakkoord te sluiten m.b.t. het gebruik van de eBox voor ondernemingen. Deze samenwerkingsakkoorden voorzien in administratieve en organisatorische afspraken tussen de betrokken partijen, onder meer het oprichten van een technische werkgroep en een governance overleg met vertegenwoordigers van de betrokken partijen. Het is ons inziens dan ook niet noodzakelijk dat voormeld ambtelijk samenwerkingsakkoord m.b.t. het gebruik van de eBox voor ondernemingen uitwerking heeft voor inwerkingtreding van het ontwerpdecreet.”

De gemachtigde bezorgde een “samenwerkingsovereenkomst”, op 5 juni 2020 gesloten tussen de voorzitter van het federale directoraat-generaal (hierna: DG) Digitale Transformatie en de administrateur-generaal van het agentschap Informatie Vlaanderen.¹⁴ Een dergelijke, louter door ambtenaren gesloten overeenkomst kan niet worden gezien als een samenwerkingsakkoord in de zin van artikel 92bis van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’, die enkel door de Koning en de Vlaamse Regering kunnen worden gesloten of door de door hen daartoe gemachtigde ministers.¹⁵

Aangezien de samenwerkingsovereenkomst afspraken blijkt in te houden die onder meer betrekking hebben op verbintenissen die zowel het DG Digitale Transformatie als het agentschap Informatie Vlaanderen op zich nemen, alsook op het kosteloos aanbieden, gedurende een verlengbare periode van vijf jaar, van de eBox door de federale overheid aan de Vlaamse overheid en aan de bestemmingen, kan die overeenkomst enkel juridisch uitwerking hebben in

¹³ Artikel 2, 3°, van de wet van 27 februari 2019 ‘inzake de elektronische uitwisseling van berichten via de eBox’.

¹⁴ Deze samenwerkingsovereenkomst werd niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

¹⁵ Y. PEETERS, *De plaats van samenwerkingsakkoorden in het constitutioneel kader*, Brugge, die Keure, 2016, 205.

de vorm van een samenwerkingsakkoord waarmee de instemming vereist is van de betrokken wetgevende vergaderingen.

Zolang een dergelijk samenwerkingsakkoord niet is tot stand gekomen, zijn de afspraken in de samenwerkingsovereenkomst van 5 juni 2020, alsook het gebruik van de eBox waarin het ontworpen artikel II.23/1 van het Bestuursdecreet voorziet, juridisch op los zand gebouwd.¹⁶

5. De twee in de memorie van toelichting opgenomen concordantietabellen¹⁷ met betrekking tot de omzetting van richtlijn (EU) 2019/1024 vertonen enkele tekortkomingen. De verwijzingen in de twee tabellen zijn niet steeds correct of volledig¹⁸ en moeten dan ook nog eens grondig worden nagezien.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 3

6. In de definitie van “overheidsondernemingen” in het ontworpen artikel I.3, 9°, van het Bestuursdecreet (artikel 3 van het voorontwerp) wordt gewag gemaakt van “ondernemingen *die niet behoren tot de Vlaamse overheid of tot een lokale overheid en die niet beschouwd worden als een instelling met een publieke taak of een milieu-instantie, maar waarop de Vlaamse of lokale overheden*, direct of indirect, een overheersende invloed kunnen uitoefenen op grond van eigendom, financiële deelname of de voorschriften die op de onderneming van toepassing zijn”. De vermelding in cursief lijkt neer te komen op een beperking van de draagwijdte van de definitie in artikel 2, lid 3 van de richtlijn (EU) 2019/1024, en dus op een onvolledige omzetting ervan wat betreft de bevoegdheden van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest.

De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“De Vlaamse overheid (art. I.3, 1°) omvat reeds de Vlaamse administratie (art. I.3, 2°), de Vlaamse adviesorganen (art. I.3, 3°) en de Vlaamse openbare instellingen die niet

¹⁶ Zie in dat verband overigens de waarschuwing die de Raad van State ter zake reeds formuleerde in advies 64.506/4 van 19 november 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 27 februari 2019, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3442/001, 31-33.

¹⁷ De opname van die concordantietabellen in de memorie van toelichting wordt voorgeschreven door omzendbrief VR 2019/11 van 17 mei 2019 ‘Beleids- en regelgevingsprocessen’, punt 5.1.2, p. 74-75.

¹⁸ Zo wordt in de eerste tabel bij artikel 2, lid 7 en lid 16, van de richtlijn telkens verwezen naar het ontworpen “artikel 28, laatste lid” in plaats van naar artikel 28, 6°, van het voorontwerp. Eveneens in de eerste tabel wordt bij artikel 5, lid 5 en lid 6, van de richtlijn verwezen naar de verkeerde bepaling van het voorontwerp, terwijl in de tweede tabel naar de verkeerde onderdelen van artikel 26 van het voorontwerp wordt verwezen. In de eerste tabel moet bij artikel 17, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn worden verwezen naar artikel 69 (niet: 66) van het voorontwerp, dat dan ook vermeld moet worden in de tweede tabel. In de tweede tabel ontbreekt dan weer de verwijzing naar die richtlijnbeepaling bij artikel 28, 6°, van het voorontwerp. Voorts moet in de tweede tabel telkens worden verwezen naar artikel 23 van het voorontwerp in plaats van naar artikel 23, tweede lid. In de tweede tabel ontbreekt bij de vermelding van artikel 46, 2°, van het voorontwerp de verwijzing naar artikel 2, lid 17, van de richtlijn. Meer in het algemeen wordt vaak verwezen naar onderdelen van de wijzigingsbepalingen van het voorontwerp terwijl eigenlijk de bij die bepalingen gewijzigde onderdelen van artikelen in het Bestuursdecreet worden bedoeld.

behoren tot de Vlaamse administratie (art. I.3, 4°). De formulering zal worden aangepast zodat ook verwezen wordt naar invloed van instellingen met een publieke taak en milieu-instanties. Zo zal de formulering in het ontwerpdecreet volledig overeenstemmen met de formulering ‘waarop de openbare lichamen, direct of indirect, een overheersende invloed kunnen uitoefenen’ in artikel 2.3 van richtlijn 2019/1024.”

Met die aanpassing kan worden ingestemd.

Artikel 4

7. Overeenkomstig het ontworpen artikel II.22, § 1, eerste lid, van het Bestuursdecreet (artikel 4, 1°, van het voorontwerp) kunnen de overheidsinstanties bedoeld in artikel II.18 van het Bestuursdecreet voortaan kiezen voor “een of meer elektronische wegen” om berichten uit te wisselen met gebruikers. Blijkens de memorie van toelichting heeft deze bepaling tot doel “om de procedure te digitaliseren, zonder daarbij de regelgeving te moeten aanpassen”.

De vraag rijst evenwel of die uitwisseling van berichten via elektronische weg in alle gevallen dezelfde waarborgen biedt als de uitwisseling via analoge weg. Zo is een verzending via e-mail niet noodzakelijk even betrouwbaar als een aangetekende brief: het is mogelijk dat het opgegeven e-mailadres niet meer werkzaam is of dat het bericht om een of andere technische reden niet ter bestemming kan geraken, nog afgezien van de vraag of in dat geval geen ontvangstbevestiging moet worden verstuurd. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Het verzenden van een bericht via e-mail zonder meer zal in regel niet voldoen aan de vereiste van een aangetekende zending. Hiertoe dienen de overheidsinstantie en de geadresseerde gebruik te maken van ‘hetzelfde informatiesysteem’ (zie artikel II.23, derde lid van het Bestuursdecreet). Hetzelfde informatiesysteem wordt in het ontwerpdecreet als volgt gedefinieerd: ‘een informatiesysteem of een combinatie van informatiesystemen waarbij de overheidsinstantie voldoende controle heeft over de logging van het tijdstip van verzending en ontvangst van een bericht’. De vereiste van controle over de logging van het tijdstip van verzending en ontvangst heeft onder meer als doel voldoende rechtszekerheid te bieden in verband met de ontvangst van het bericht.”

Die verduidelijking, die enigszins aansluit op hetgeen nu reeds wordt bepaald in artikel II.22, § 3, van het Bestuursdecreet, zou beter worden opgenomen in de memorie van toelichting. Het is zelfs raadzaam om daar concreet te vermelden welke elektronische weg als equivalent moet worden beschouwd van welke analoge weg.

8.1. Artikel II.22, § 2, van het Bestuursdecreet, dat wordt vervangen door artikel 4, 2°, van het voorontwerp, luidt momenteel als volgt:

“Als de toepasselijke regelgeving niet voorziet in elektronische uitwisseling van berichten, gelden de volgende voorwaarden voor de elektronische uitwisseling met burgers of externe overheden:

1° de overheidsinstanties, vermeld in artikel II.18, moeten burgers en externe overheden vooraf informeren over de te volgen procedures en over de rechtsgevolgen die de elektronische uitwisseling heeft;

2° de burgers of externe overheden moeten vooraf uitdrukkelijk ingestemd hebben met de uitwisseling van berichten via elektronische weg;

3° de burgers en externe overheden moeten die instemming op elk moment kunnen intrekken.”

Het begrip “burgers” wordt gedefinieerd als “alle natuurlijke personen, groeperingen van natuurlijke personen, rechtspersonen of groeperingen van rechtspersonen” (artikel I.4, 7°, van het Bestuursdecreet).

Het nieuw ontworpen artikel II.22, § 2, van het Bestuursdecreet (artikel 4, 2°, van het voorontwerp) maakt een onderscheid tussen natuurlijke personen naargelang ze al dan niet de hoedanigheid van ondernemer hebben. Voor natuurlijke personen in hun hoedanigheid van ondernemer gelden, wat betreft de elektronische uitwisseling van berichten met overheidsinstanties bedoeld in artikel II.18 van het Bestuursdecreet, de voorwaarde van voorafgaande uitdrukkelijke instemming en de mogelijkheid tot intrekking van de instemming niet meer (punten 2° en 3° van de ontworpen paragraaf 2).

In de memorie van toelichting wordt in dat verband het volgende uiteengezet:

“Enkele maanden na de inwerkingtreding van het Bestuursdecreet trad de (federale) wet van 27 februari 2019 inzake de elektronische uitwisseling van berichten via de eBox in werking. In artikel 6 van deze wet worden voorwaarden opgelegd die gelijkaardig zijn aan deze in paragraaf 2 van artikel II.22 van het Bestuursdecreet.

De voorwaarden in de wet van 27 februari 2019 verschillen echter van het Bestuursdecreet, in die zin dat de vereiste tot uitdrukkelijke instemming en mogelijkheid tot intrekking van die instemming enkel opgelegd wordt t.a.v. natuurlijke personen die niet optreden als ondernemer.

Voor houders van een ondernemingsnummer (‘eBox voor ondernemingen’), vermeld in artikel 3 van de wet, voorziet de wet geen vereiste van instemming, noch enige mogelijkheid tot intrekking. Dit creëert een praktisch probleem: wanneer een Vlaamse regelgeving enkel een analoge procedure voorziet, en de gebruikers van die procedure kunnen ook ondernemingen omvatten, dan zal het niet aangewezen zijn voor Vlaamse instanties om de eBox als communicatiekanaal aan te bieden aan ondernemingen met toepassing van het huidige artikel II.22. Immers, in die gevallen moet men kunnen instemmen en de instemming terug intrekken, als basisvereiste voor de toepassing van het equivalentiemechanisme, en die mogelijkheid is niet wettelijk gegarandeerd bij de eBox voor ondernemingen. Bovendien wordt het intrekken van de toestemming ook technisch niet voorzien. Gezien het strategische belang van de koppeling met de federale eBoxen is dit een fundamenteel probleem.”

De gemachtigde gaf daarbij nog de volgende toelichting, mede in het licht van het gelijkheidsbeginsel:

“Met ‘natuurlijke personen, niet in hun hoedanigheid van ondernemer’ wordt bedoeld op natuurlijke personen niet in hun hoedanigheid van zelfstandig ondernemer. Natuurlijke personen die een eenmanszaak uitbaten zullen in hun hoedanigheid van ondernemer onderworpen worden aan dezelfde voorwaarden als ondernemingen voor toepassing van de equivalentieregel, vermeld in artikel II.22 van het Bestuursdecreet.

(...) Ondernemers en ondernemingen worden voor toepassing van de equivalentieregel, vermeld in artikel II.22 van het Bestuursdecreet, onderworpen (...) aan dezelfde voorwaarden. Voor natuurlijke personen, niet in hun hoedanigheid van ondernemer, gelden andere voorwaarden waarbij uitdrukkelijk rekening is gehouden met de problematiek van de digitale kloof. Het onderscheid tussen ondernemers en ondernemingen enerzijds en natuurlijke personen niet in hoedanigheid van ondernemers anderzijds is verantwoord aangezien zeker voor economische actoren digitaal steeds meer het nieuwe normaal is. Het gelijkheidsbeginsel wordt hierbij op geen enkele wijze geschonden.”

8.2. Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet--discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.¹⁹

In artikel 6 van de wet van 27 februari 2019 ‘inzake de elektronische uitwisseling van berichten via de eBox’ wordt uitdrukkelijk bepaald dat natuurlijke personen vooraf uitdrukkelijk moeten instemmen met de elektronische uitwisseling van berichten via de eBox en dat zij deze instemming op elk moment kunnen intrekken, zonder dat daarbij een onderscheid wordt gemaakt naargelang de hoedanigheid van ondernemer. Artikel 3, tweede lid, van dezelfde wet belast weliswaar de Rijksdienst voor sociale zekerheid met het aanbieden van een eBox voor houders van een ondernemingsnummer, maar daaruit kan geen verplicht gebruik van de eBox door deze houders worden afgeleid, ook al werd in de memorie van toelichting bij het voorontwerp dat tot die wet heeft geleid, gealludeerd op de *mogelijkheid* om die verplichting in “specifieke sectorale regelgeving” op te leggen.²⁰

Uit de aangehaalde bepalingen van de wet van 27 februari 2019 kan dan ook niet worden afgeleid dat voor natuurlijke personen in hun hoedanigheid van ondernemer geen toestemmingsvereiste zou bestaan en geen mogelijkheid zou bestaan om die toestemming in te trekken, anders dan wat in de memorie van toelichting bij het huidige voorontwerp wordt betoogd. De argumentatie van de gemachtigde dat “voor economische actoren digitaal steeds meer het nieuwe normaal is” volstaat niet om de zo-even geschetste verschillende behandeling te verantwoorden. Zelfs aangenomen dat ondernemers geacht mogen worden meer vertrouwd te zijn met elektronische uitwisseling van berichten, zou het meer proportioneel zijn om op zijn minst de mogelijkheid te handhaven om die elektronische uitwisseling te weigeren. Hoe dan ook is een meer sluitende verantwoording vereist.

¹⁹ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv.: GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; GwH 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3; GwH 18 mei 2017, nr. 60/2017, B.11; GwH 15 juni 2017, nr. 79/2017, B.3.1; GwH 19 juli 2017, nr. 99/2017, B.11; GwH 28 september 2017, nr. 104/2017, B.8.

²⁰ *Parl.St.* Kamer 2018-19, 3442/001, 4.

Artikel 6

9. In het ontworpen artikel II.23/1, § 2, derde lid, wordt bepaald dat als een systeemfout verhindert dat een bericht wordt verzonden of ontvangen, de informatie die daarover met toepassing van artikel 4, tweede lid, van de wet van 27 februari 2019 ter beschikking is gesteld, als bewijs geldt van de systeemfout die kan worden ingeroepen als bewijs van overmacht.²¹ Op de vraag wat het rechtsgevolg is van de vaststelling van die overmacht, antwoordde de gemachtigde het volgende:

“Deze bepaling is analoog [aan] artikel 5 van de wet van 27 februari 2019 voor federale instanties die gebruik maken van de eBox. Indien een systeemfout aanleiding geeft tot overmacht kan een kennisgeving ook na het verstrijken van de deadline rechtsgeldig gebeuren, voor zover deze kennisgeving binnen een redelijke termijn gebeurt.”

Die uitleg moet op zijn minst in de memorie van toelichting worden opgenomen. Het is zelfs raadzaam om het vereiste van kennisgeving binnen een redelijke termijn in de tekst van het voorontwerp zelf op te nemen.

Artikelen 9 en 10

10.1. De ontworpen artikelen 9, 2°, en 10, 2°, van het voorontwerp strekken ertoe om in de artikelen II.34 (inzake aanvragen die geen betrekking hebben op milieu-informatie) en II.36, § 1, tweede lid, van het Bestuursdecreet (inzake aanvragen die betrekking hebben op milieu-informatie) een nieuwe uitzondering in te voegen op de openbaarheid van bestuursdocumenten, namelijk als de aanvraag tot openbaarmaking “betrekking heeft op bestuursdocumenten waarin persoonlijke beleidsopvattingen opgenomen zijn en die opgesteld zijn ten behoeve van intern beraad, tenzij de persoon die de opvattingen heeft geuit, met de openbaarmaking instemt”.

In de memorie van toelichting wordt deze nieuwe uitzonderingsgrond als volgt verantwoord:

“Het doel van deze bijkomende uitzondering is om te vermijden dat de (politieke) discussie binnen de overheid wordt lamgelegd.

Daar waar de uitzondering van artikel II.34, 3°, en artikel 11.36, §1, tweede lid, 2°, beperkt is tot de beraadslaging binnen collegiale organen en op voorwaarde dat die beraadslaging, krachtens de wet, de statuten of het huishoudelijk reglement, een geheim karakter had, beschermt de nieuwe uitzondering elke andere interne beraadslaging op voorwaarde dat er persoonlijke beleidsopvattingen worden uitgewisseld.

²¹ Artikel 2, 3°, van de samenwerkingsovereenkomst van 5 juni 2020 (zie daarover opmerking 4) vermeldt in dat verband overigens het volgende: “Partijen bevestigen hun gedeelde standpunt dat het noodzakelijk is omwille van de rechtszekerheid om binnen het kader van deze samenwerkingsovereenkomst een éénvormige aanpak te hebben inzake systeemfouten en overmacht. Zij bevestigen hun gedeelde standpunt dat een systeemfout die aantoonbaar is op basis van beschikbare informatie (rekening houdend met de uitwisseling van informatie tussen de partijen zoals beschreven in artikel 10 van deze samenwerkingsovereenkomst) geldt als bewijs van deze systeemfout, en dat dergelijke systeemfout kan worden ingeroepen als bewijs van overmacht.”.

Een effectieve besluitvorming door de overheid veronderstelt immers dat opvattingen over inhoudelijke, procesmatige, organisatorische of politieke aangelegenheden vrij kunnen [worden] uitgewisseld binnen een overheidsinstantie of tussen overheidsinstanties, en dat die uitwisseling ook schriftelijk kan zonder dat die opvattingen op verzoek moeten publiek gemaakt worden.

Een te rigide openbaarheidsregeling op dit punt heeft het ongewenste effect dat binnen de overheid niet meer vrijelijk van gedachten kan gewisseld worden over een dossier, beleidsproces, advies of ontwerpregelgeving. Dat persoonlijke inzichten van ambtenaren of kabinetsleden bij wijze van spreken de volgende dag in de krant kunnen staan of het onderwerp kunnen zijn van een parlementair debat, heeft tot gevolg dat ze zeer terughoudend worden in hun interne schriftelijke communicatie of notulering, waardoor een vlotte besluitvorming gehinderd wordt. Een zekere mate van ‘beleidsintimiteit’ en vertrouwelijkheid is noodzakelijk om te komen tot een effectieve besluitvorming.

Bovendien is er ook een staatsrechtelijk aspect: personeelsleden van de Vlaamse administratie en van de kabinetten staan onder hiërarchisch gezag van de minister en oefenen hun taken uit onder de politieke verantwoordelijkheid van de minister.

Ze adviseren de minister en kunnen beleidsinzichten en -voorstellen formuleren die al dan niet meegenomen worden in politieke besluitvorming. Maar ambtenaren of kabinetsleden kunnen zelf niet ter verantwoording worden geroepen en de ministeriële verantwoordelijkheid strekt zich niet uit tot de persoonlijke opvattingen van ambtenaren of kabinetsleden. Daarom is het belangrijk dat die persoonlijke opvattingen kunnen afgeschermd worden van de openbaarheid.

De uitzondering kan slechts toegepast worden als aan twee cumulatieve voorwaarden voldaan is:

1 ° het gaat om een document dat opgesteld is ten behoeve van intern beraad;

2° het document bevat persoonlijke beleidsopvattingen die de persoon of personen die die beleidsopvattingen geuit hebben niet wensen openbaar te maken.

De term ‘intern beraad’ wordt in de gangbare betekenis gebruikt: elke samenwerking (overleg, advies, ...) binnen een overheidsinstantie of tussen overheidsinstanties onderling met betrekking tot een beleidsaangelegenheid. Adviezen die gegeven worden door de Vlaamse adviesorganen als vermeld in artikel I.3, 3°, van het Bestuursdecreet, dus de strategische adviesraden en de andere organen die bij decreet of besluit opgericht zijn om advies te verlenen, kunnen niet beschouwd worden als documenten die zijn opgesteld ten behoeve van het intern beraad. Hetzelfde geldt voor adviezen die bij decreet of besluit verplicht moeten worden gevraagd in een bepaalde procedure (bijvoorbeeld het advies van de omgevingsambtenaar).

Anders is het voor de ‘niet-geïnstitutionaliseerde’ (d.i. niet bij decreet of besluit opgerichte) interne commissies en ambtelijke adviesorganen: zij geven in principe geen ‘extern’ advies of formuleren geen ‘externe’ conclusies, de documenten die ze opstellen zijn een onderdeel van de interne besluitvorming en moeten dus afgeschermd worden van openbaarheid als ze persoonlijke beleidsopvattingen bevatten.

Ook documenten die – in opdracht van een overheidsinstantie – opgesteld werden door externen (bijv. consultants) maar wel ten behoeve van het intern beraad binnen de overheidsinstantie kunnen voor afscherming in aanmerking komen.

Om te kunnen uitmaken of een document opgesteld is ten behoeve van intern beraad, moet gekeken worden naar het oogmerk waarmee dit is opgesteld. Degene die het

document heeft opgesteld moet de bedoeling hebben gehad dat dit louter zou dienen voor hemzelf of voor het gebruik door anderen binnen de overheid.

Het spreekt vanzelf dat documenten die bedoeld zijn om te worden gepubliceerd (op grond van een wettelijke bepaling, zoals nota's of mededelingen aan de Vlaamse Regering op grond van artikel II.9 Bestuursdecreet, of uit hun aard, zoals notulen van organen die beslissing nemen die derden binden) niet kunnen beschouwd worden als documenten opgesteld ten behoeve van intern beraad.

Ook de term 'persoonlijke beleidsopvattingen' wordt in zijn gewone betekenis gebruikt, nl. een opvatting, voorstel of aanbeveling van een of meer personen over een beleidsaangelegenheid, en de argumenten die ze daarbij hanteren.

Het begrip omvat bijvoorbeeld ook de situatie waarin gestemd wordt over een bepaalde aangelegenheid: een voor- of tegenstem is een persoonlijke beleidsopvatting.

Het begrip 'persoonlijke beleidsopvatting' sluit objectieve of neutrale informatie zoals feiten, loutere opsomming van beleidsalternatieven of van de voor- en nadelen van de verschillende beleidsalternatieven, uit.

'Persoonlijk' betekent anderzijds niet noodzakelijk dat het om de opvatting van één, met naam genoemde, persoon moet gaan: ook een document dat opgesteld is namens een hele overheidsinstantie of een onderdeel ervan, kan afgeschermd worden. Evenmin betekent het dat een document waarin beleidsopvattingen van andere personen dan de auteur zelf worden weergegeven niet kan afgeschermd worden.

Persoonlijke beleidsopvattingen kunnen wel openbaar gemaakt worden als de auteur van de opvatting daartoe toestemming geeft. De instantie die de aanvraag onderzoekt, vraagt toestemming aan de auteur (zie ook toelichting bij artikel 14).

Net zoals bij de andere uitzonderingsgronden, geldt ook hier dat het gevraagde document gedeeltelijk openbaar moet gemaakt worden, als het mogelijk is om de persoonlijke beleidsopvattingen van de andere informatie in het document te scheiden (art. II.45, §2)."

10.2. Het in artikel 32 van de Grondwet vervatte recht om elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen is een grondrecht. Uitzonderingen op het beginsel van de openbaarheid van de bestuursdocumenten zijn slechts mogelijk onder de voorwaarden vastgesteld door de wet, het decreet of de ordonnantie en moeten worden verantwoord en beperkend worden geïnterpreteerd.²² Het Grondwettelijk Hof oordeelde dat, mede in het licht van artikel 10 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, dat een analoge draagwijdte heeft, een beperking van het recht op toegang tot bestuursdocumenten moet worden toegestaan door een voldoende precieze wettelijke bepaling, moet beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte in een democratische samenleving en evenredig moet zijn met de daarmee nagestreefde wettige doelstelling.²³

²² GwH 25 maart 1997, nr. 17/97, B.2.1 en B.2.2; GwH 15 september 2004, nr. 150/2004, B.3.2; GwH 12 maart 2020, nr. 43/2020, B.39.1 en B.39.6.

²³ GwH 12 maart 2020, nr. 43/2020, B.39.4 en B.39.5, met verwijzing naar EHRM (Gr.K.) 8 november 2016, *Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*, §§ 181, 187 en 196.

Zoals de Raad van State reeds heeft uiteengezet in advies 63.130/3 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Bestuursdecreet,²⁴ verzet artikel 32 van de Grondwet zich weliswaar niet tegen een algemene en absolute uitzondering op het recht op toegang tot bestuursdocumenten, maar enkel voor zover die maatregel evenredig is met het door de decreetgever nagestreefde doel. Inzonderheid moet worden aangetoond waarom er niet mee kan worden volstaan in een procedure te voorzien waarbij het belang van de openbaarheid wordt afgewogen tegen andere motieven van algemeen belang.²⁵

10.3. In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat de ontworpen regeling geïnspireerd is op een gelijkaardige regeling in Nederland, namelijk artikel 11 van de wet van 31 oktober 1991 ‘houdende regelen betreffende de openbaarheid van bestuur’, dat luidt als volgt:

“1. In geval van een verzoek om informatie uit documenten, opgesteld ten behoeve van intern beraad, wordt geen informatie verstrekt over daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen.

2. Over persoonlijke beleidsopvattingen kan met het oog op een goede en democratische bestuursvoering informatie worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Indien degene die deze opvattingen heeft geuit of zich erachter heeft gesteld, daarmee heeft ingestemd, kan de informatie in tot personen herleidbare vorm worden verstrekt.

3. Met betrekking tot adviezen van een ambtelijke of gemengd samengestelde adviescommissie kan het verstrekken van informatie over de daarin opgenomen persoonlijke beleidsopvattingen plaatsvinden, indien het voornemen daartoe door het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat aan de leden van de adviescommissie voor de aanvang van hun werkzaamheden kenbaar is gemaakt.

4. In afwijking van het eerste lid wordt bij milieu-informatie het belang van de bescherming van de persoonlijke beleidsopvattingen afgewogen tegen het belang van openbaarmaking. Informatie over persoonlijke beleidsopvattingen kan worden verstrekt in niet tot personen herleidbare vorm. Het tweede lid, tweede volzin, is van overeenkomstige toepassing.”

Onder ‘persoonlijke beleidsopvattingen’ wordt verstaan “een opvatting, voorstel, aanbeveling of conclusie van één of meer personen over een bestuurlijke aangelegenheid en de daartoe door hen aangevoerde argumenten”.²⁶

Daarbij moet wel rekening worden gehouden met het gegeven dat er in de Nederlandse Grondwet geen bepaling voorkomt die de openbaarheid van bestuur verankert als een grondrecht zoals dat het geval is in België.²⁷ Er wordt in de aangehaalde wetsbepaling

²⁴ Adv.RvS 63.130/3 van 16 mei 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het Bestuursdecreet, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1656/1, 801.

²⁵ Zie GwH 19 december 2013, nr. 169/2013, B.16.2 en B.16.3.

²⁶ RvS (Nederland) 10 oktober 2018, nr. 201703409/1/A3, ECLI:NL:RVS:2018:3299, nr. 3.1; RvS (Nederland) 27 november 2019, nr. 201808550/1/A3, ECLI:NL:RVS:2019:3975, nr. 6.

²⁷ Artikel 110 van de Nederlandse Grondwet luidt: “De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen.”. Artikel 68 van de Nederlandse Grondwet voegt daar nog aan toe, specifiek in de verhouding van ministers ten aanzien van het parlement, “De ministers en de staatssecretarissen geven de kamers elk afzonderlijk en in verenigde vergadering mondeling of schriftelijk de door een of meer leden verlangde inlichtingen waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat.”.

bovendien uitdrukkelijk voorzien in de mogelijkheid om de informatie in verband met persoonlijke beleidsopvattingen te verstrekken in niet tot personen herleidbare vorm, wat niet het geval is voor de ontworpen bepaling.

Overigens verklaarde Minister-President Mark Rutte recent in een brief aan de Nederlandse Tweede Kamer dat, naar aanleiding van het verslag van de parlementaire onderzoekscommissie met betrekking tot de fraudeaanpak bij de kinderopvangtoeslag, dat voortaan zou worden afgezien van de weigeringsgrond met betrekking tot de persoonlijke beleidsopvattingen,²⁸ althans ten aanzien van de informatieverplichting ten opzichte van de Tweede Kamer.²⁹

10.4. Overeenkomstig hetgeen is uiteengezet in opmerking 10.2, moet vooreerst worden nagegaan welke doelstelling wordt nagestreefd met de ontworpen bepaling. Volgens de memorie van toelichting is die doelstelling “te vermijden dat de (politieke) discussie binnen de overheid wordt lamgelegd”. Beoogd wordt het vrijwaren van het normale functioneren van het besluitvormingsproces, of nog, van de “effectieve besluitvorming door de overheid”, zoals het in de memorie van toelichting wordt omschreven. Dat kan weliswaar als een legitiem belang worden beschouwd, maar tegelijkertijd is het een vrij algemeen omschreven belang waardoor de beoordeling van de evenredigheid wordt bemoeilijkt, zoals zal blijken uit opmerking 10.6.

10.5. Daar komt nog bij dat er overlappingsen lijken te zijn tussen de doelstelling van de ontworpen bepaling en doelstellingen van bestaande uitzonderingsgronden, zodat de vraag rijst wat de toegevoegde betekenis is van de ontworpen bepaling.

In de eerste plaats is er de uitzonderingsgrond van het geheim van de beraadslagingen van de organen van de Vlaamse overheid, van de organen van de lokale overheden, van de organen van de instellingen met een publieke taak en van de organen van de milieu-instanties (artikelen II.34, 3°, en II.36, § 1, tweede lid, 2°, van het Bestuursdecreet). Ook voor deze uitzonderingsgrond werd destijds in de memorie van toelichting aangevoerd dat hij tot doel heeft “te vermijden dat de (politieke) discussie wordt lamgelegd”,³⁰ maar de notie “geheim van de beraadslaging” biedt inhoudelijk een meer precieze omschrijving van die doelstelling. Daargelaten de vraag of het geheim van de beraadslaging louter in de praktijk in acht wordt genomen,³¹ dan wel of dat geheim moet zijn voorgeschreven door een rechtsregel,³² worden persoonlijke beleidsopvattingen die worden vertolkt bij dergelijke beraadslagingen al afgedekt door deze uitzonderingsgrond.

²⁸ Kabinetsreactie rapport ‘Ongekend onrecht’, brief van 15 januari 2021 van de Minister-President aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, p. 18-19. <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2021/01/15/kamerbrief-met-reactie-kabinet-op-rapport-ongekend-onrecht/Kamerbrief+met+reactie+kabinet+op+rapport+Ongekend+onrecht.pdf>.

²⁹ Bedoeld in het voormelde artikel 68 van de Nederlandse Grondwet. Zie daarover ook S. MUNNEKE, “De Wob is niet de Grondwet!”, *De Hofvijver*, 2021, nr. 115, raadpleegbaar op <https://www.montesquieu-instituut.nl>.

³⁰ *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1656/1, 59.

³¹ Zie bv. RvS 8 januari 2004, nr. 126.943, *Barbé*, nr. 2.2.2.2, waarin wordt gerefereerd aan het *effectieve* geheime karakter van de beraadslagingen, zonder verwijzing naar een rechtsregel die dat geheim oplegt. Zie ook RvS 14 juli 2014, nr. 228.066, *Raeymaekers*, nr. 10.2.

³² Zoals men zou kunnen afleiden uit GwH 12 maart 2020, nr. 43/2020, B.42.2.

In de tweede plaats is er de uitzonderingsgrond van het vertrouwelijke karakter van de handelingen van een overheidsinstantie als die vertrouwelijkheid noodzakelijk is voor (onder meer) de politieke besluitvorming (artikelen II.35, 5°, en II.36, § 1, tweede lid, 9°, van het Bestuursdecreet). Destijds werd in de memorie van toelichting aangevoerd dat deze uitzonderingsgrond onder meer slaat op “de besprekingen tussen bestuurspartners die geen formele beraadslagingen zijn, de adviezen van kabinetsleden aan hun minister, burgemeester enzovoort in het kader van politieke afwegingen of beraadslagingen” en bijvoorbeeld op “[h]et document opgemaakt door een (kabinets)medewerker (...), met het oog op het adviseren tot het nemen van een beslissing en waarin diverse politieke, maatschappelijke, economische, financiële belangen worden afgewogen (...). Zo niet wordt de politieke besluitvorming onmogelijk.”³³

De stellers van het voorontwerp zouden dan ook moeten nagaan in welke mate de bestaande uitzonderingsgronden niet reeds volstaan om het normale functioneren van het besluitvormingsproces te kunnen vrijwaren en om te waarborgen dat “binnen de overheid (...) vrijelijk van gedachten kan gewisseld worden over een dossier, beleidsproces, advies of ontwerpregelgeving”. Vooral voor de voormelde uitzonderingsgrond van het vertrouwelijke karakter van de handelingen van een overheidsinstantie als die vertrouwelijkheid noodzakelijk is voor onder meer de politieke besluitvorming, valt te betwijfelen dat die niet zou volstaan. Indien toch een ruimere of andere uitzonderingsgrond noodzakelijk is volgens de stellers van het voorontwerp, zou meer concreet moeten worden uiteengezet in de memorie van toelichting waarin dan de verschillen bestaan tussen de bestaande uitzonderingsgronden en de ontworpen uitzonderingsgrond, los van hetgeen in opmerking 10.6 nog wordt uiteengezet aangaande de evenredigheid van de ontworpen maatregel.

10.6. Wat betreft het verband van evenredigheid tussen de ontworpen maatregel en het ermee nagestreefde doel valt op dat in het ontworpen artikel II.34, 7°, van het Bestuursdecreet twee voorwaarden worden gehanteerd die zich bij uitstek lenen tot een subjectieve en ruime beoordeling, namelijk de voorwaarde dat het moet gaan om een document dat opgesteld is ten behoeve van intern beraad en de voorwaarde dat het document persoonlijke beleidsopvattingen bevat.

Het Grondwettelijk Hof benadrukte in arrest nr. 43/2020 weliswaar dat het “absolute” karakter van de in artikel II.34 van het Bestuursdecreet vermelde uitzonderingsgronden niet impliceert dat die uitzonderingsgronden systematisch kunnen worden aangevoerd en op een automatische wijze kunnen worden toegepast, maar dat die uitzonderingsgronden beperkend moeten worden geïnterpreteerd en dat de betrokken overheidsinstantie steeds *in concreto* moet beoordelen of de openbaarmaking afbreuk doet aan één van die in die bepaling beschermde belangen.³⁴ Die zienswijze sluit ook aan op de rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State.³⁵

³³ Parl.St. VI.Parl. 2017-18, nr. 1656/1, 65.

³⁴ GwH 12 maart 2020, nr. 43/2020, B.39.8 en B.40.2.

³⁵ Zie onder meer RvS 7 juni 2004, nr. 132.072, *Lybaert*, nrs. 2.3.3 en 2.3.4; RvS 15 mei 2014, nr. 227.394, *cvba Belgische Verbruikersunie Test-Aankoop*, nr. 15; RvS 14 juli 2014, nr. 228.066, *Raeymaekers*, nr. 10.2.

Dat neemt echter niet weg dat de twee aangehaalde voorwaarden verband houden met de wijze waarop de overheid haar interne besluitvorming organiseert, veeleer dan met bepaalde te beschermen of te vrijwaren belangen. Die voorwaarden zijn generiek van aard, want ze kunnen in eender welke aangelegenheid en in eender welke fase van de besluitvorming worden toegepast. Het risico bestaat dat een document dat rechtstreeks heeft geleid tot een beslissing en dat een persoonlijke beleidsopvatting inhoudt en is opgesteld ten behoeve van het intern beraad, om die reden alleen al geheel of gedeeltelijk aan de openbaarheid wordt onttrokken.

Deze vaststelling klemmt des te meer nu in de memorie van toelichting een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen geïnstitutionaliseerde en niet-geïnstitutionaliseerde advisering, overleg en consultatie, waarbij de niet-geïnstitutionaliseerde vormen “afgeschermd [moeten] worden van openbaarheid als ze persoonlijke beleidsopvattingen bevatten”. Die laatste zienswijze wordt doorgetrokken naar de raadpleging van externe consultants, ook al is de rol van externe consultants bij de interne besluitvorming van de overheid toch in belangrijke mate verschillend van die van interne beleidsmedewerkers. Er zou in elk geval minstens moeten worden verduidelijkt hoe de beperking van de openbaarheid met betrekking tot teksten die uitgaan van externe consultants kan bijdragen tot de vrije interne gedachtewisseling binnen overheidsorganen en, indien dat niet mogelijk is, welke andere verantwoording kan worden geboden.³⁶

Bovendien wordt de notie “persoonlijke beleidsopvatting” ruim ingevuld, zodat ze opvattingen, voorstellen of aanbevelingen en de erbij horende argumentatie omvat, voor zover die althans uitgaan van een of meer personen. Enkel feiten, loutere opsommingen van beleidsalternatieven en de voor- en nadelen ervan zouden buiten deze notie vallen.

De omstandigheid dat is voorzien in een uitzondering op de uitzonderingsgrond, namelijk wanneer diegene die een persoonlijke beleidsopvatting heeft vertolkt, instemt met de openbaarmaking, doet geen afbreuk aan die vaststelling. Enerzijds hangt de openbaarmaking daarmee af van een vrije keuze van een overheidsmedewerker, los van het belang van de openbaarmaking. Anderzijds bevindt die overheidsmedewerker zich in een situatie van hiërarchische ondergeschiktheid en is het mogelijk dat zijn keuze bepaald wordt door de inzichten van een hiërarchische meerdere, veeleer dan door zijn persoonlijke inzichten ter zake. In geen van beide situaties verplicht de ontworpen bepaling tot een afweging ten opzichte van het belang van openbaarmaking als dusdanig.

Dat individuele personen kunnen wegen op het besluitvormingsproces en daarbij een persoonlijk standpunt kunnen innemen dat achteraf beschouwd doorslaggevend was of in belangrijke mate heeft gewogen op de eindbeslissing, is een normaal kenmerk van dat besluitvormingsproces. Het gegeven dat die betrokkenheid van individuele personen op grond van de ontworpen bepaling kan worden aangegrepen om hun persoonlijke beleidsstandpunten aan de openbaarheid te onttrekken, zonder enig aanvullend inhoudelijk criterium en met als enige – eerder theoretische – verzachting dat de betrokken persoon al dan niet vrij kan beslissen dat dat

³⁶ Zie ook de kritiek ter zake in het advies van de SERV van 3 november 2020, p. 17.

standpunt toch openbaar mag worden gemaakt, maakt dat ernstige vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de evenredigheid tussen de ontworpen maatregel en het ermee nagestreefde doel.³⁷

10.7. De zo-even geschetste bedenkingen met betrekking tot het ontworpen artikel II.34, 7°, van het Bestuursdecreet gelden ook voor het ontworpen artikel II.36, § 1, tweede lid, 12°, van het Bestuursdecreet, dat betrekking heeft op de openbaarmaking van bestuursdocumenten die milieu-informatie bevatten, ook al wordt in de bestaande inleidende zin van dat tweede lid wel voorzien in een afweging van het belang in de ontworpen uitzonderingsgrond ten opzichte van het belang van de openbaarheid.

Bovendien moet rekening worden gehouden met de beperkte mogelijkheden tot het afwijken van het beginsel van openbaarheid van milieu-informatie in het licht van het relevante Europees en internationaal recht. Wat betreft de openbaarheid van milieu-informatie mag met name geen afbreuk worden gedaan aan het Verdrag van Aarhus³⁸ en de richtlijn 2003/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 28 januari 2003 ‘inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie en tot intrekking van richtlijn 90/313/EEG van de Raad’.³⁹ Overeenkomstig artikel 3, lid 1, van richtlijn 2003/4/EG zorgen de lidstaten ervoor dat de overheidsinstanties, overeenkomstig het bepaalde in deze richtlijn, ertoe gehouden zijn de milieu-informatie waarover zij beschikken, of die voor hen wordt beheerd, aan elke aanvrager op verzoek beschikbaar te stellen, zonder dat deze daarvoor een belang hoeft aan te voeren. Op grond van artikel 4, lid 2, tweede alinea, van die richtlijn, moeten de in artikel 4, leden 1 en 2, opgenomen uitzonderingsgronden restrictief worden uitgelegd, met voor het specifieke geval inachtneming van het met bekendmaking gediende openbare belang. Dit betekent dat de openbaarmaking van milieu-informatie de algemene regel is en dat overheidsinstanties slechts in enkele duidelijk omschreven bijzondere gevallen een verzoek om milieu-informatie kunnen weigeren.⁴⁰

In de memorie van toelichting wordt in dit verband het volgende uiteengezet:

“Noch de richtlijn 2003/4/EG van 28 januari 2003 inzake de toegang van het publiek tot milieu-informatie, noch het verdrag van Aarhus verzetten zich tegen de afscherming van interne uitwisseling van ideeën en opvattingen. Integendeel: beide teksten bevatten expliciet de mogelijk[heid] om in openbaarheidsregelingen te voorzien [om] een verzoek om milieu-informatie te weigeren ‘als het verzoek interne mededelingen betreft, rekening houdend met het openbaar belang dat met bekendmaking wordt gediend’.”

³⁷ De SERV concludeerde in zijn advies van 3 november 2020 (p. 18): “Meer algemeen moet worden vermeden dat elke vorm van transparantie over de ambtelijke beleidsvoorbereiding voorafgaand aan de politieke besluitvorming onmogelijk gemaakt wordt. Dat risico lijkt er nu wel te zijn.”

³⁸ Verdrag ‘betreffende toegang tot informatie, inspraak in besluitvorming en toegang tot de rechter inzake milieuaangelegenheden’, gedaan te Aarhus op 25 juni 1998.

³⁹ Zie ook adv.RvS 65.074/1 van 12 februari 2019 over een voorstel dat heeft geleid tot het decreet van 22 maart 2019 houdende een kader voor grote projecten en programma’s, *Parl.St.* VI.Parl. 2018-19, nr. 1785/4, 10.

⁴⁰ HvJ 16 december 2010, C-266/09, *Stichting Natuur en Milieu e.a.*, ECLI:EU:C:2010:779, punt 52; HvJ 28 juli 2011, C-71/10, *Office of Communications*, ECLI:EU:C:2011:525, punt 22; HvJ 23 november 2016, C-442/14, *Bayer CropScience SA-NV en Stichting De Bijenstichting*, ECLI:EU:C:2016:890, punt 56.

De in artikel 4, lid 1, onder e), van richtlijn 2003/4/EG geformuleerde uitzonderingsgrond waarop de stellers van het voorontwerp zich baseren (met name als “het verzoek interne mededelingen betreft, rekening houdend met het openbaar belang dat met bekendmaking wordt gediend”) is anders geformuleerd dan de ontworpen uitzonderingsgrond (“bestuursdocumenten waarin persoonlijke beleidsopvattingen opgenomen zijn en die opgesteld zijn ten behoeve van intern beraad”). Volgens het Hof van Justitie moet onder “interne mededelingen” worden verstaan “alle informatie (...) die binnen een overheidsinstantie circuleert en die op het tijdstip van de indiening van het verzoek om toegang niet buiten de muren van deze instantie is terechtgekomen, in voorkomend geval nadat die instantie deze informatie heeft ontvangen en voor zover deze informatie daarvóór niet aan het publiek beschikbaar is of had moeten worden gesteld”.⁴¹ Indien de invulling van dat begrip door het Hof van Justitie enger zou zijn dan wat de stellers van het voorontwerp voor ogen hebben, dreigt een ruimere – en dus met de richtlijn strijdige – invulling te worden gegeven aan de ontworpen uitzonderingsgrond.

Meer in het algemeen is het problematisch om in het ontworpen artikel II.36, § 1, 12°, van het Bestuursdecreet een fundamenteel verschillend geformuleerde notie te gebruiken dan de notie in de aangehaalde richtlijnbeplating. Dat is enkel mogelijk indien vaststaat – en bij voorkeur uit de tekst zelf blijkt – dat die notie niet ruimer is dan de notie “interne mededelingen”.

Artikel 13

11. In het ontworpen artikel II.44, § 3, eerste lid, van het Bestuursdecreet (artikel 13 van het voorontwerp) wordt bepaald dat een aanvrager een afschrift van een bestuursdocument “kan” gebruiken om “zijn rechten en belangen te beschermen, en om zijn vrijheid van meningsuiting en van informatie uit te oefenen”. In de memorie van toelichting wordt daaromtrent het volgende uiteengezet:

“De verwijzing naar de grondrechten impliceert dat de grenzen die aan de uitoefening daarvan gesteld worden, bijvoorbeeld de regels in verband met bescherming van de persoonlijk levenssfeer, verbod op laster en eerroof, intellectuele eigendom, bescherming openbare veiligheid, ... moeten gerespecteerd worden.”

De ontworpen bepaling houdt niet meer in dan het in herinnering brengen van (grond)rechten waar de aanvrager over beschikt en die hij vanzelfsprekend kan uitoefenen. Aangezien een dergelijke bepaling niet normatief is moet ze worden weggelaten uit het voorontwerp.

12. Overeenkomstig het ontworpen artikel II.44, § 3, tweede lid, van het Bestuursdecreet kan de aanvrager die toegang kreeg tot informatie van persoonlijke aard, in afwijking van het eerste lid het afschrift van het bestuursdocument “niet gebruiken om zijn vrijheid van meningsuiting en van informatie uit te oefenen”. Onder informatie van persoonlijke aard wordt volgens artikel II.40, § 3, derde lid, van het Bestuursdecreet verstaan: informatie die betrekking heeft op een beoordeling of een waardeoordeel, of die de beschrijving van een gedrag bevat van een bij name genoemd of een gemakkelijk identificeerbare natuurlijke persoon.

⁴¹ HvJ 20 januari 2021, C-619/19, *Land Baden-Württemberg*, ECLI:EU:C:2021:35, punt 53.

In de memorie van toelichting wordt omtrent de ontworpen bepaling het volgende uiteengezet:

“In het tweede lid wordt een uitzondering ingeschreven voor de informatie van persoonlijke aard. De toegang tot een document dat informatie van persoonlijke aard bevat mag/moet, conform art. II.40, §3, tweede lid, openbaar gemaakt ten aanzien van personen die een ‘rechtstreeks en persoonlijk belang’ aantonen, maar mag niet publiek mag gemaakt worden voor iedereen.

Informatie van persoonlijke aard is informatie die betrekking heeft op een beoordeling of een waardeoordeel of die de beschrijving van een gedrag bevat van een bij name genoemd of een gemakkelijk identificeerbare natuurlijke persoon.

Deze uitzonderingssituatie wordt in principe ook al beschermd door de grenzen van het recht op vrije meningsuiting maar wordt hier voor alle duidelijkheid toch geëxpliciteerd.

Als de aanvrager een persoonlijk belang heeft bij de openbaarmaking, is de kans groot dat hij openbaarmaking vraagt met het oog op de bescherming van zijn eigen rechten en belangen. Dat gebruik wordt uiteraard niet verboden.”

Zoals de ontworpen bepaling thans is opgevat, vormt ze een overmatige beperking van het recht van vrije meningsuiting en van informatie van de aanvrager, temeer daar reeds in artikel II.40, § 3, tweede lid, van het Bestuursdecreet wordt bepaald dat hij bij de aanvraag van informatie van persoonlijke aard moet aantonen dat hij rechtstreeks en persoonlijk in zijn rechtssituatie kan worden geraakt door de informatie, door de beslissing waarop de informatie betrekking heeft of door de beslissing ter voorbereiding waarvan het document dat de informatie bevat, is opgesteld.

De ontworpen bepaling moet dan ook worden weggelaten.

Artikel 20

13. In het ontworpen artikel II.53, § 1, eerste lid, 5°, a), van het Bestuursdecreet (artikel 20, 1°, van het voorontwerp) moet de verwijzing naar artikel 95 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ worden vervangen door een verwijzing naar artikel 96 van die wet, zoals onder meer duidelijk naar voren komt in de verwijzing in artikel 93, eerste lid, van dezelfde wet.

14. Bij artikel 20, 3° tot 5°, van het voorontwerp wordt in artikel II.53, § 2, 4°, 5° en 6° van het Bestuursdecreet de notie van “beschikken over” bestuursdocumenten vervangen door de notie van “in het bezit zijn van” die bestuursdocumenten. In de memorie van toelichting wordt daaromtrent het volgende uiteengezet:

“Met deze herformulering sluit de decreetgever zich volkomen aan bij de draagwijdte van het begrip ‘bestuursdocument’, zoals dit ook wordt gehanteerd in artikel 32 van de Grondwet. Dat houdt dus in dat informatie waarover een overheidsinstantie juridisch ‘beschikt’, maar die niet feitelijk in zijn bezit heeft, wel onder het toepassingsgebied blijft vallen.”

In het voormelde advies 63.130/3, stelde de Raad van State evenwel dat in de regeling van de openbaarheid van bestuursdocumenten beter kan worden geopteerd voor het werkwoord “beschikken” in plaats van het werkwoord “bezitten”.⁴² Die adviesopmerking werd ook gevolgd in het huidige artikel II.53 van het Bestuursdecreet.

De gemachtigde verklaarde hierover het volgende:

“De Raad van State heeft inderdaad bevestigd dat de begrippen ‘bezitten’ en ‘beschikken’ dezelfde draagwijdte hebben. In het Bestuursdecreet is geopteerd voor het begrip ‘bezitten’ omdat het begrip ‘beschikken’ in de praktijk tot veel onduidelijkheid aanleiding gaf: het werd dikwijls gelezen in die zin dat het eenvoudige bezit niet volstaat en dat een beschikkings/beheer/eigendomsrecht moet worden aangetoond waardoor het een veel engere draagwijdte krijgt. Artikel 20 strekt er dus toe terminologisch aan te sluiten bij de definitie van het begrip bestuursdocumenten in artikel I.4, 3°, van het Bestuursdecreet.”

De Raad van State heeft in de voormelde adviesopmerking juist gewaarschuwd voor de andere draagwijdte die aan het begrip “bezitten” zou kunnen worden gegeven, onder meer gelet op artikel 2228 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, thans de artikelen 3.18 en volgende van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Bovendien wordt de term “beschikken” gebruikt in de parlementaire voorbereiding van artikel 32 van de Grondwet⁴³ en is het raadzaam om niet van dat begrip af te wijken in een regeling die de uitvoering van die grondwetsbepaling vormt.

Het is twijfelachtig of de doelstelling van het vermijden van schijnbare onduidelijkheid over de invulling van het begrip “beschikken”, dat nochtans in een arrest van de afdeling Bestuursrechtspraak grondwetsconform werd geïnterpreteerd,⁴⁴ bereikt wordt met de vervanging van dit woord door het begrip “in het bezit zijn”, wanneer aan dat laatste begrip toch dezelfde invulling als aan het begrip “beschikken” zou moeten worden gegeven.

Artikel 35

15. In het ontworpen artikel II.62/3 van het Bestuursdecreet (artikel 35 van het voorontwerp) wordt gewag gemaakt van de lijst (van hoogwaardige datasets) en de bijbehorende bepalingen die worden vastgesteld door de Europese Commissie overeenkomstig artikel 14, lid 1, van de richtlijn (EU) 2019/1024. Deze verwijzing naar het optreden van de Commissie door middel van uitvoeringshandelingen kan beter worden weggelaten om niet de indruk te wekken dat de decreetgever een dergelijke machtiging kan geven aan de Commissie. De woorden “, waarvan de lijst (...) van de richtlijn (EU) 2019/1024,” moeten dan ook worden geschrapt.

⁴² Adv.RvS 63.130/3, *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, nr. 1656/1, 797-800.

⁴³ Zie *Parl.St.* Kamer 1992-93, nr. 839/1, 5 en nr. 839/4, 5 en 8, aangehaald in voetnoot 39 van het voormelde advies 63.130/3.

⁴⁴ RvS 8 december 2016, nr. 236.708, *Veys*.

Artikel 46

16. Het ontworpen artikel II.68, § 2, tweede lid, van het Bestuursdecreet (artikel 46, 1°, van het voorontwerp) bepaalt, ter omzetting van artikel 12, lid 2, van de richtlijn (EU) 2019/1024, dat exclusiviteitsregelingen die op of na 16 juli 2019 zijn gesloten “minstens twee maanden voor de inwerkingtreding ervan online openbaar [worden] gemaakt”. Het is echter materieel onmogelijk om voor in het verleden gesloten en in werking getreden exclusiviteitsregelingen nog te voldoen aan deze vereiste. De gemachtigde bevestigde dat de ontworpen bepaling in het licht hiervan zal worden aangepast, rekening houdend met de datum van inwerkingtreding van het aan te nemen decreet.

Artikel 52

17. De artikelen 52, 1°, en 52, 3°, van het voorontwerp, die tot doel hebben om telkens de zinsnede “van dit decreet” in te voegen in het Bestuursdecreet zijn overbodig, aangezien een dergelijke precisering bij interne verwijzingen in beginsel onnodig is. Ze kunnen dus beter worden weggelaten.

Artikel 58

18.1. In het ontworpen artikel III.113, §§ 1, 3 en 4, van het Bestuursdecreet (artikel 58 van het voorontwerp) wordt voorzien in een regeling inzake de toegang van de Vlaamse Statistische Autoriteit tot gegevens van het Rijksregister, de Kruispuntbank van de Sociale Zekerheid en de sociale gegevensbanken, waarbij wordt bepaald dat de Vlaamse Statistische Autoriteit die gegevensbronnen “gebruikt”. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Zoals in de memorie van toelichting werd uiteengezet, betekent deze bepaling niet dat de VSA toegang heeft tot de gegevens van het rijksregister zonder de expliciete machtiging die daartoe vereist is bij de wet van 8 augustus 1983.

De decretale bepaling is wel noodzakelijk omdat de toegangsvoorwaarde in artikel 5, §1, 1°, van de wet van 8 augustus 1983 tot regeling van een Rijksregister van de natuurlijke personen, buitengewoon strikt door de diensten van het Rijksregister geïnterpreteerd wordt. (...)

De bestaande decretale opdracht van VSA blijkt voor de diensten van het Rijksregister niet te volstaan als rechtsgrond voor dergelijke machtiging. Vandaar dat nu expliciet in het Bestuursdecreet ingeschreven wordt dat VSA gemachtigd is om kennis te nemen van alle informatiegegevens die ze nodig heeft om de Vlaamse openbare statistieken te ontwikkelen, te produceren en te verspreiden, zonder dat nog expliciet moet aangetoond worden dat de gegevens niet uit andere bronnen dan de vermelde authentieke gegevensbronnen kunnen gehaald worden.”

Het is dan ook beter indien zou worden bepaald dat de Vlaamse Statistische Autoriteit “gemachtigd wordt” om gebruik te maken van die federale gegevensbronnen, veeleer dan dat ze die gegevensbronnen “gebruikt”. Zoals de gemachtigde bevestigde, is naast die decretale machtiging uiteraard ook een toegangsmachtiging vereist op het federale niveau.

18.2. Overeenkomstig het ontworpen artikel III.113, § 4, tweede lid, van het Bestuursdecreet kan de Vlaamse Statistische Autoriteit “verschillende externe databanken koppelen” en “externe databanken aan haar databanken koppelen”. Daarbij kan de Vlaamse Statistische Autoriteit onder meer gebruik maken van het rijksregisternummer (ontworpen artikel III.113, § 4, derde lid, van het Bestuursdecreet). De gemachtigde bevestigde dat het de bedoeling is om databanken van private ondernemingen en organisaties te kunnen koppelen aan de databanken van de Vlaamse Statistische Autoriteit:

“In een eerste fase wordt vooral gefocust op de datakoppelingen van overheidsbronnen. In een volgende fase en indien nodig voor statistische doeleinden is het de bedoeling om in navolging van de internationale statistiekontwikkelingen de mogelijkheden van databanken van private ondernemingen / verenigingen te verkennen en op termijn te kunnen koppelen. (...)”

Uiteraard is ook in dit geval waarin gegevens worden gedeeld met private ondernemingen en organisaties, een machtiging vereist op het federale niveau, onder meer voor het gebruik van het rijksregisternummer.

19.1. In het ontworpen artikel III.113, §§ 1, 3 en 4, van het Bestuursdecreet ontbreekt een regeling van de bewaartermijnen van de te verwerken persoonsgegevens. De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Het niet opnemen van een bewaartermijn is gestoeld op volgende argumentatie:

- Gegevens worden enkel gebruikt voor statistisch en wetenschappelijk onderzoek.
- Gegevens moeten voor langere termijn bewaard kunnen worden voor longitudinaal gebruik, voor de opmaak van tijdreeksen, bij herdefiniëring van bepaalde concepten en daarna heropbouw van tijdreeksen.

(...)

De algemene verordening gegevensbescherming (AVG) beperkt de bewaring van persoonsgegevens, dus in identificeerbare vorm, en in functie van de doeleinden. De AVG laat bovendien een uitzondering toe voor onderzoek en statistiek (artikel 5, 1, e, van de AVG). Ingevolge het advies van de VTC werd ingevoegd dat de Vlaamse Regering specifieke regels en criteria inzake de bewaartermijn kan vastleggen. Het is immers niet mogelijk de bewaartermijn in het algemeen te bepalen. Dit wordt in voorkomend geval door de Vlaamse Regering per specifieke beleidsdatabank in functie van de concrete doeleinden bepaald, m.a.w. in het besluit van de Vlaamse Regering dat een instantie belast met de uitbouw en het beheer van een concrete databank beleidsinformatie en tevens bepaalt welke categorieën van gegevens in de betreffende databank beleidsinformatie worden verzameld, zal desgevallend ook de betreffende bewaartermijn van de gegevens worden bepaald.”

Aangezien ook de bewaartermijn een essentieel element vormt van de regeling van de verwerking van persoonsgegevens die bij decreet moet worden bepaald omwille van het legaliteitsbeginsel vervat in artikel 22 van de Grondwet, moet het voorontwerp op dat punt worden aangevuld. Een regeling van de bewaartermijn ligt overigens in het verlengde van artikel 5, lid 1, c), van de AVG, op grond waarvan de persoonsgegevens die in aanmerking komen voor verwerking “toereikend [moeten] zijn, ter zake dienend en beperkt tot wat noodzakelijk is voor de doeleinden waarvoor zij worden verwerkt”.

Op zijn minst zou dan ook het algemene beginsel over die termijn in het voorontwerp moeten worden opgenomen, zoals bijvoorbeeld een standaardtermijn. Het kan dan aan de Vlaamse Regering worden overgelaten om in specifieke gevallen en onder bepaalde voorwaarden van die standaardtermijn af te wijken.

19.2. Die opmerking geldt ook voor het ontworpen artikel III.113/3 van het Bestuursdecreet (artikel 62 van het voorontwerp), met dien verstande dat daarin ook de (categorieën van de) te verwerken persoonsgegevens en de finaliteit van de gegevensverwerking moeten worden geregeld, samen met de zo-even geschetste regeling van de bewaartermijn, veeleer dan dat alles haast volledig over te laten aan de Vlaamse Regering, zoals nu het geval is.

20.1. Het ontworpen artikel III.113, § 4, vierde lid, van het Bestuursdecreet voorziet in de pseudonimisering⁴⁵ – en dus niet in de anonimisering – van persoonsgegevens op verzoek van de overheidsinstanties, vermeld in artikel III.107, § 1, van dit decreet, of op verzoek van universiteiten, hogescholen of erkende onderzoeksinstituten. Overeenkomstig het beginsel van de minimale gegevensverwerking (artikel 5, lid 1, c), van de AVG) mag niet worden voorzien in de mogelijkheid van pseudonimisering indien geanonimiseerde gegevens volstaan om het nagestreefde doel te bereiken.

De gemachtigde verklaarde daarover het volgende:

“Pseudonimisering is noodzakelijk in het licht van de uitbouw van statistische gegevensbanken en de rol van de VSA als vertrouwde derde met het oog op de verwerking van individuele gegevens ten behoeve van statistisch of wetenschappelijk onderzoek.”

Deze argumentatie moet meer concreet worden gemaakt en worden opgenomen in de memorie van toelichting.

20.2. Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel III.113/3, zesde lid, van het Bestuursdecreet (artikel 62 van het voorontwerp).

Artikel 65

21. Het huidige artikel III.117 van het Bestuursdecreet voorziet in een verplichting voor de Vlaamse Regering om driejaarlijks aan het Vlaams Parlement en aan de Europese Commissie te rapporteren over onder meer de beschikbaarheid van overheidsinformatie voor hergebruik en de voorwaarden waaronder de overheidsinformatie beschikbaar wordt gesteld. Die verplichting komt niet meer voor in de vervanging van deze bepaling bij artikel 65 van het voorontwerp.

⁴⁵ I.e. “het verwerken van persoonsgegevens op zodanige wijze dat de persoonsgegevens niet meer aan een specifieke betrokkene kunnen worden gekoppeld zonder dat er aanvullende gegevens worden gebruikt, mits deze aanvullende gegevens apart worden bewaard en technische en organisatorische maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de persoonsgegevens niet aan een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon worden gekoppeld” (artikel 4, lid 5, van de AVG). Het begrip “pseudonimisering” wordt in die zin gebruikt (p. 96 van de memorie van toelichting).

Artikel 18, lid 1, van de richtlijn (EU) 2019/1024 bepaalt:

“Ten vroegste op 17 juli 2025 evalueert de Commissie de toepassing van deze richtlijn en dient zij een verslag met de belangrijkste resultaten van die evaluatie in bij het Europees Parlement en bij de Raad, alsook bij het Europees Economisch en Sociaal Comité.

De lidstaten verstrekken de Commissie de nodige informatie voor het opstellen van dat verslag.”

Het ontworpen artikel II.68, § 4/1, van het Bestuursdecreet (artikel 46, 2°, van het voorontwerp), dat de omzetting vormt van artikel 12, lid 4, van de richtlijn (EU) 2019/1024, bepaalt voorts:

“Juridische of praktische regelingen die, zonder expliciet in de toekenning van exclusiviteitsrechten te voorzien, tot doel hebben of redelijkerwijs kunnen worden geacht de beschikbaarheid van documenten voor hergebruik door andere partijen dan de derde partij bij de regeling te beperken, worden minstens twee maanden voor de inwerkingtreding van die regeling online openbaar gemaakt. De gevolgen van die juridische of praktische regelingen voor de beschikbaarheid van gegevens voor hergebruik worden regelmatig, en in elk geval om de drie jaar, geëvalueerd. (...)”

In het licht van de hoger aangehaalde bepalingen lijkt de stelling in de memorie van toelichting dat “de PSI-richtlijn geen verplichting meer bevat voor de lidstaten om elke drie jaar een verslag te bezorgen met betrekking tot de praktijk inzake hergebruik van overheidsinformatie” onjuist te zijn, aangezien er toch een zekere verslagleggingsplicht bestaat volgens de aangehaalde richtlijnbeepalingen. Het ontworpen artikel III.117 van het Bestuursdecreet moet dan ook in het licht daarvan worden aangevuld.

Artikel 67

22. De artikelen III.119 tot III.122 van het Bestuursdecreet bevatten een regeling inzake experimentregelgeving en regelluwe zones, waarbij of waarin afwijkingen kunnen worden toegestaan van decretale en wettelijke bepalingen als die afwijking noodzakelijk is om de doelstelling ervan te verwezenlijken. Overeenkomstig het huidige artikel III.121, § 2, 4°, van het Bestuursdecreet kunnen afwijkingen voor specifieke doelgroepen of situaties geen betrekking hebben op bepalingen die Europese richtlijnen omzetten of Europese verordeningen uitvoeren. Die bepaling wordt opgeheven bij artikel 67, 1°, van het voorontwerp.

De gemachtigde verklaarde dat deze opheffing het bijvoorbeeld mogelijk maakt om bij de omzetting van een Europese richtlijn een onderscheid in behandeling te creëren, waarbij voor een of meerdere doelgroepen slechts in een omzetting wordt voorzien die minimaal is vereist op grond van de richtlijn, en voor personen die geen deel uitmaken van die doelgroep(en) wel verder wordt gegaan dan hetgeen Europeesrechtelijk minimaal vereist is.

Of een dergelijke werkwijze strookt met het EU-recht en met het gelijkheidsbeginsel kan nog niet worden beoordeeld naar aanleiding van de opheffing van de voormelde bepaling. Dat kan pas gebeuren naar aanleiding van adviesaanvragen over omzettingsteksten waarbij van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt.

23. De ontworpen wijziging van artikel III.121, § 3, van het Bestuursdecreet (artikel 67, 2°, van het voorontwerp), die neerkomt op de toevoeging dat niet mag worden afgeweken van dwingend Europees of internationaal recht vormt niet meer dan een herinnering aan een geldende juridische verplichting en hoort daarom niet thuis in een normatieve tekst. Er wordt dan ook beter afgezien van die wijziging.

Artikel 68

24. Artikel 68 van het voorontwerp bepaalt dat de benoeming van de externe innovators, vermeld in artikel III.76, eerste lid, 5°, van het Bestuursdecreet, zoals van kracht op de datum van inwerkingtreding van het aan te nemen decreet, blijft gelden tot 26 september 2022.

Aangezien, zoals de gemachtigde verduidelijkte, die externe innovators benoemd zijn met ingang van 1 februari 2020, vormt deze bepaling, die hun mandaat verlengt tot 26 september 2022, een afwijking op de duurtijd van twee jaar vermeld in artikel III.77 van het Bestuursdecreet. De ontworpen bepaling moet dan ook aanvangen met de vermelding dat het gaat om een afwijking van artikel III.77 van het Bestuursdecreet. Voor die afwijking moet tevens een verantwoording worden opgenomen in de memorie van toelichting.

Artikel 69

25. Overeenkomstig artikel 69 treedt het aan te nemen decreet in werking op 17 juli 2021, namelijk de uiterste omzettingsdatum van richtlijn (EU) 2019/1024.⁴⁶ Aangezien niet alle bepalingen van het voorontwerp de omzetting vormen van die richtlijn, moeten de stellers van het ontwerp nagaan of voor sommige bepalingen geen snellere inwerkingtreding wenselijk of misschien zelfs geboden is, zoals onder meer voor de artikelen 9, 1°, en 10, 1°, van het voorontwerp, waarmee een aanpassing wordt beoogd in het licht van een vernietigingsarrest van het Grondwettelijk Hof.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH

⁴⁶ Zie artikel 17, lid 1, eerste alinea, van richtlijn (EU) 2019/1024.