RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 70.147/3
van 28 oktober 2021

over

een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het decreet van 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens, het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur en het decreet van 3 mei 2019 houdende de havenkapiteinsdienst’

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

Op 7 september 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest ‘tot wijziging van het decreet van 2 maart 1999 houdende het beleid en het beheer van de zeehavens, het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur en het decreet van 3 mei 2019 houdende de havenkapiteinsdienst’.

Het voorontwerp is door de derde kamer onderzocht op 12 oktober 2021. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 28 oktober 2021.

*

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

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[1], alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp van decreet van het Vlaamse Gewest strekt vooreerst tot wijziging van het decreet van 2 maart 1999 ‘houdende het beleid en het beheer van de zeehavens’ (artikelen 2 tot 29 van het voorontwerp), mede ter uitvoering van verordening (EU) 2017/352 van het Europees Parlement en de Raad van 15 februari 2017 ‘tot vaststelling van een kader voor het verrichten van havendiensten en gemeenschappelijke regels inzake de financiële transparantie van havens’ (artikel 2). Zo worden een aantal definities gewijzigd of ingevoegd (artikel 3) en wordt de Vlaamse Regering (hierna: de regering) gemachtigd om de grenzen van de havengebieden nader vast te stellen (artikel 4). De havenbedrijven worden aangewezen als havenbeheerders in de zin van artikel 2, punt 5, van verordening (EU) 2017/352 (artikel 6) en hen wordt de keuze verleend tussen een monistisch of een duaal bestuur (artikel 7). Voorts moeten zij de raadpleging van havengebruikers en andere belanghebbenden organiseren overeenkomstig artikel 15 van verordening (EU) 2017/352 (artikel 9) en een heffing op het gebruik van haveninfrastructuur, zoals vermeld in artikel 2, punt 9, van verordening (EU) 2017/352, opleggen overeenkomstig artikel 13 van die verordening (artikel 11). Ook worden de openbaredienstverplichtingen geregeld die de havenbedrijven aan de aanbieders van havendiensten kunnen opleggen (artikelen 12 en 13). Vermits alle havenbedrijven vennootschappen van publiek recht zijn geworden, worden de regelingen betreffende de gemeentelijke autonome havenbedrijven opgeheven (artikelen 5, 15 en 29), evenals de verplichting voor havenbedrijven om jaarlijks een financieel meerjarenplan en een activiteitenverslag op te stellen (artikel 17). Ook wordt de beslissing tot aanvaarding van toelagen of giften van publieke overheden en publiekrechtelijke instellingen niet langer aan de goedkeuring van de regering onderworpen (artikel 18), maar wordt de controlebevoegdheid van de gewestelijke havencommissaris uitgebreid tot de raad van toezicht van het havenbedrijf (artikel 19). De regering wordt gemachtigd om samen met de havenbedrijven initiatieven te ontwikkelen binnen beleidsthema’s waar de strategische doelstellingen van het Vlaamse Gewest en de havenbedrijven elkaar kunnen versterken, en om hiervoor in een financiering te voorzien (artikel 20). Vervolgens wordt de Instantie voor de behandeling van havengeschillen (hierna: IBH) opgericht die klachten behandelt die voortvloeien uit de toepassing van verordening (EU) 2017/352 (artikel 21) en wordt in een administratieve geldboete voorzien voor wie zich schuldig maakt aan een overtreding van, onder meer, die verordening (artikel 22). Ook wordt een aantal regels betreffende de subsidiëring en de medefinanciering van de havenbedrijven gewijzigd (artikelen 23 tot 27). Ten slotte wordt in een overgangsregeling voorzien voor de tussen het Vlaamse Gewest en de havenbedrijven vóór de inwerkingtreding van

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

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

het aan te nemen decreet gesloten overeenkomsten, in zoverre die bepalingen bevatten met betrekking tot de financiering van investeringen in infrastructuur in uitvoering (artikel 28).

Vervolgens wordt het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ gewijzigd (artikelen 30 en 31) om het aan te passen aan de opheffing van de regeling betreffende de gemeentelijke autonome havenbedrijven.

Ten slotte wordt het decreet van 3 mei 2019 ‘houdende de havenkapiteinsdienst’ gewijzigd (artikelen 32 en 33), onder meer wat de omschrijving van de taken van de havenkapiteindienst betreft.

BEVOEGDHEID

3.1. Naar luid van het ontworpen artikel 25*bis*, § 10, eerste lid, van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 21 van het voorontwerp) wordt tegen de beslissingen van de IBH beroep ingesteld bij het Marktenhof. Op straffe van onontvankelijkheid wordt dat beroep ingesteld met een verzoekschrift, en dit binnen zestig dagen na de datum van ontvangst van de beveiligde zending waarmee de beslissing in kwestie aan de appellant is meegedeeld. Het Marktenhof brengt de klager en de aangeklaagde aangetekend op de hoogte van het beroep. Het beroep heeft geen opschortende werking, tenzij het Marktenhof de opschorting uitspreekt van de beslissing in kwestie. Het Marktenhof zetelt zoals in kort geding maar oordeelt met volle rechtsmacht.

Aldus wordt zowel de bevoegdheid van, als de procedure voor, het Marktenhof geregeld.

3.2. Uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof[2] en de adviespraktijk[3] van de Raad van State, afdeling Wetgeving, volgt dat zowel de regeling van de bevoegdheid van de rechtscolleges als het vaststellen van de procedures die voor deze rechtscolleges dienen te worden gevolgd, aangelegenheden zijn die behoren tot de bevoegdheid van de federale overheid. De gemeenschappen en de gewesten kunnen op dit vlak slechts regelgevend optreden op grond van hun impliciete bevoegdheden, bedoeld in artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’. Dat betekent dat aan de toepassingsvoorwaarden van dat artikel moet zijn voldaan, namelijk dat het betreden van de federale bevoegdheid noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheid van de betrokken entiteit, dat de aangelegenheid zich moet lenen

[2] Zie onder meer: GwH 14 juli 1997, nr. 46/97, B.3-B.5; GwH 16 december 1998, nr. 139/98, nr. 3; GwH 1 maart 2001, nr. 27/2001, B.4-B.5; GwH 28 oktober 2004, nr. 168/2004, B.3.3-B.4.2; GwH, 29 juli 2010, nr. 91/2010, B.3.3; GwH 24 februari 2011, nr. 29/2011, B.4.4-B.5.2; GwH 14 november 2012, nr. 139/2012, B.4.3.

[3] Zie bijv. adv.RvS 44.943/1/V van 12 augustus 2008 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 19 maart 2009 ‘tot wijziging van de ordonnantie van 17 juli 2003 houdende de Brusselse huisvestingscode’, *Parl.St.* Br.Parl. 2008-09, nr. A-538/1, 25, opmerking 5; adv.RvS 51.800/3 van 25 september 2012 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de ordonnantie van 11 juli 2013 ‘tot wijziging van de ordonnantie van 17 juli 2003 houdende de Brusselse Huisvestingscode’, *Parl.St.* Br.Parl. 2012-13, nr. A-355/1,136, opmerking 5.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.[4]

3.3. De stellers van het voorontwerp zijn zich hiervan bewust, vermits in de memorie van toelichting wordt gesteld dat "[d]e toewijzing van rechterlijke bevoegdheid aan het Marktenhof (…) gestoeld [is] op de impliciete bevoegdheden". Wat de toetsing betreft aan de hiervoor vermelde voorwaarden om een beroep te kunnen doen op artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, wordt het volgende uiteengezet:

> "De bevoegdheidstoewijzing is vooreerst noodzakelijk voor de adequate uitoefening van de gewestbevoegdheid. Artikel 16.6 van de EU-Havenverordening vermeldt uitdrukkelijk de rechterlijke toetsing van de beslissing van de klachtenbehandelaar, welke laatste bindend moeten zijn. Het is moeilijk denkbaar dat de klachtenbehandelaar bindende beslissingen zou opleggen zonder rechterlijke toetsingsmogelijkheid. De EU-Havenverordening regelt in wezen de markttoegang in de havensector en de heffing van vergoedingen voor dienstverlening en infrastructuurheffing. De raadsheren in het Marktenhof beschikken over gespecialiseerde kennis in onder meer economisch recht en marktrecht. De regeling van de EU-Havenverordening is precies in deze domeinen gesitueerd.
>
> Ten tweede is de weerslag van de voorgestelde regeling marginaal, want de bevoegdheid van het Marktenhof verandert er niet door en er wordt bewust niet ingegrepen in de procedurele regels van het Gerechtelijk Wetboek.
>
> Ten derde leent de materie zich tot een gedifferentieerde regeling. De federale wetgever heeft zelf tal van bijzondere en vergelijkbare bevoegdheden aan het Marktenhof toegewezen."

3.4. Uit artikel 16, lid 6, van verordening (EU) 2017/352 vloeit voort dat de beslissingen van de voor de behandeling van klachten verantwoordelijke instantie waarin dat artikel voorziet, vatbaar moeten zijn voor rechterlijke toetsing. Weliswaar zou er ook zonder de ontworpen regeling volgens het gemeen recht een dergelijke toetsing zijn, namelijk die van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, overeenkomstig artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad. Gelet op de expertise van het Marktenhof waarvan gewag wordt gemaakt in de aangehaalde memorie van toelichting, kan de decreetgever het noodzakelijk achten dat dat hof wordt aangewezen als beroepsinstantie tegen de beslissingen van de IBH.

Met de stellers van het voorontwerp moet worden vastgesteld dat het Marktenhof thans reeds over diverse bevoegdheden beschikt, zodat de aangelegenheid zich tot een gedifferentieerde regeling leent.

Wat het marginaal karakter van de weerslag op de federale bevoegdheden betreft, kan niet worden voorgehouden, zoals in de memorie van toelichting thans gebeurt, dat "de bevoegdheid van het Marktenhof [niet] verandert". De bevoegdheidstoewijzing aan het Marktenhof is echter zeer specifiek en zal allicht tot slechts een beperkt aantal beroepen aanleiding geven. Bovendien sluit die bevoegdheidstoewijzing aan bij de overige, door de federale wetgever aan het Marktenhof toegekende, bevoegdheden. Bijgevolg kan worden aangenomen dat de weerslag van de ontworpen regeling op de federale bevoegdheid marginaal is.

[4] Zie bijv. GwH, 14 juni 2012, nr. 75/2012, B.13.1.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

Gelet hierop kan worden aangenomen dat voor de regeling van de bevoegdheid van het Marktenhof voldaan is aan de voormelde voorwaarden om een beroep te doen op de impliciete bevoegdheden.

Evenwel zullen de stellers van het voorontwerp moeten kunnen aantonen dat dit ook het geval is voor de regeling van de procedure voor dat hof.

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Naar luid van het ontworpen artikel 15, § 1, van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 11 van het voorontwerp) dienen de havenbedrijven een heffing op het gebruik van haveninfrastructuur, zoals vermeld in artikel 2, punt 9, van verordening (EU) 2017/352, op te leggen overeenkomstig artikel 13 van die verordening. In paragraaf 3 van de ontworpen bepaling worden de havenbedrijven bovendien gemachtigd om bijzondere havengelden vast te stellen en te innen, of te laten innen, voor de terbeschikkingstelling van specifieke infrastructuur of de verstrekking van havendiensten. Naar luid van het ontworpen artikel 16, tweede lid, van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 12 van het voorontwerp) kunnen havenbedrijven aan de aanbieders van havendiensten openbaredienstverplichtingen opleggen die aan havendiensten zijn gerelateerd.

4.2. Aldus wordt aan de havenbedrijven, die gedecentraliseerde openbare instellingen zijn, een verordenende bevoegdheid toegekend, hetgeen in beginsel niet in overeenstemming is met de algemene publiekrechtelijke beginselen omdat erdoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en een rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Bovendien ontbreken de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking, de preventieve controle van de Raad van State, afdeling Wetgeving, en de duidelijke plaats in de hiërarchie der normen. Dergelijke delegaties kunnen dan ook enkel worden gebillijkt voor zover zij zeer beperkt zijn en een niet-beleidsmatige karakter hebben, door hun detailmatige of hoofdzakelijk technische draagwijdte. De instellingen die de betrokken reglementering dienen toe te passen moeten hierbij zowel aan rechterlijke controle als aan politieke controle onderworpen zijn.

4.3. In advies 67.243/3 heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, met verwijzing naar arrest nr. 162/2015 van 19 november 2015 van het Grondwettelijk Hof, geoordeeld dat de machtiging aan de havenbedrijven om de algemene en bijzondere havengelden vast te stellen kon worden aanvaard. Er zijn geen redenen om voor artikel 11 van het thans voorliggende voorontwerp tot een ander besluit te komen.

Wat de machtiging betreft om aan de aanbieders van havendiensten openbaredienstverplichtingen op te leggen, heeft de Raad van State in het voormelde advies evenwel het volgende opgemerkt:

> "In [arrest nr. 162/2015 van 19 november 2015] had het Hof evenwel eerst vastgesteld dat de havengelden een retributie vormen ter vergoeding van een dienst die het havenbedrijf presteert ten voordele van een individuele gebruiker van het havengebied en dat de decreetgever op voldoende wijze de gevallen had omschreven die aanleiding

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

konden geven tot het heffen van de retributie.[5] Bijgevolg was de bevoegdheid van de havenbedrijf voldoende bepaald zodat er door het Grondwettelijk Hof gewag kon worden gemaakt van een specifieke uitvoerende bevoegdheid.

De vraag rijst of hetzelfde opgaat voor de in het ontworpen artikel 16 van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 18 van het voorontwerp) vervatte bevoegdheid van de havenbedrijven om openbaredienstverplichtingen op te leggen aan de aanbieders van havendiensten. Weliswaar worden in artikel 7, lid 1, van verordening (EU) 2017/352 van het Europees Parlement en de Raad van 15 februari 2017 de aspecten bepaald die de openbaredienstverplichtingen die aan aanbieders van havendiensten kunnen worden opgelegd, ten minste waarborgen. Evenwel kunnen de havenbedrijven zelf de havendiensten vaststellen aan de aanbieders waarvan ze vervolgens openbaredienstverplichtingen kunnen opleggen. De havenbedrijven bepalen met andere woorden zelf de omvang van hun bevoegdheid om openbaredienstverplichtingen vast te stellen. In arrest nr. 162/2015 stelde het Grondwettelijk Hof daarentegen vast dat de havenbedrijven niet hun eigen bevoegdheid konden bepalen om retributies vast te stellen.[6] Bijgevolg lijkt het twijfelachtig of de redenering van het Hof in het voormelde arrest kan worden toegepast op de in het ontworpen artikel 16 van het decreet van 2 maart 1999 vervatte delegatie van verordenende bevoegdheid."[7]

Hetzelfde geldt voor artikel 12 van het thans voorliggende voorontwerp, inzonderheid gelet op de ruimere omschrijving van het begrip "havenbestuurlijke bevoegdheden" die uit het ontworpen artikel 2, 2°, c), van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 3, 1°, van het voorontwerp) voortvloeit.[8]

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

5. In het ontworpen artikel 3, § 1, van het decreet van 2 maart 1999 wordt verwezen naar artikel 3 van de wet van 19 juni 1978 'betreffende het beheer van het Linkerscheldeoevergebied ter hoogte van Antwerpen en houdende maatregelen voor het beheer en de exploitatie van de haven van Antwerpen', "gewijzigd bij het decreet van 30 maart 2018".

Door die laatste toevoeging gaat het om een statische verwijzing. Dat heeft tot gevolg dat de tekst waarnaar wordt verwezen, gefixeerd wordt in de versie waarin deze is gesteld

[5] *Voetnoot 64 van het aangehaalde advies*: GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.6.1.

[6] *Voetnoot 65 van het aangehaalde advies:* GwH 19 november 2015, nr. 162/2015, B.8.3.

[7] Adv.RvS 67.243/3 van 28 mei 2020 over een voorontwerp dat heeft geleid tot het decreet van 9 oktober 2020 houdende diverse bepalingen over het gemeenschappelijk vervoer, het algemeen mobiliteitsbeleid, de weginfrastructuur en het wegenbeleid, en de waterinfrastructuur en het waterbeleid, *Parl.St.* Vl.Parl. 2019-20, nr. 380/1, 212, opmerking 24.5.

[8] In de memorie van toelichting wordt dienaangaande het volgende gesteld: "De wijziging in artikel 2, 2° c), heeft als gevolg dat er geen nood meer is aan een definitie van het begrip openbare havendiensten. Havenbedrijven kunnen een kader vaststellen voor havendiensten en bij het vaststellen van dit kader ook voorzien in openbare dienstverplichtingen. Dat wordt verder verduidelijkt door een aanpassing van artikel 16 van het Havendecreet. Bijgevolg wordt artikel 2, 3° opgeheven."

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

op dat welbepaald ogenblik. De gemachtigde verklaarde evenwel dat dit niet de bedoeling is van de stellers van het voorontwerp en dat die zinsnede zou worden weggelaten.

Hetzelfde geldt voor het ontworpen artikel 25*bis*, § 11, eerste lid, 2°, van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 21 van het voorontwerp) in zoverre daar wordt verwezen naar artikel 9 van het decreet van 18 juli 2008 ‘betreffende het elektronische bestuurlijke gegevensverkeer’ “vervangen bij het decreet van 8 juni 2018 houdende de aanpassing van de decreten aan de 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)”.

Artikel 7

6. Naar luid van het ontworpen artikel 5, § 2, eerste zin, van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 7, 1°, van het voorontwerp) zijn de havenbedrijven onderworpen aan de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen met betrekking tot de naamloze vennootschappen voor zover ze niet in strijd zijn met dit decreet of met andere wettelijke bepalingen. Het ontworpen artikel 5, § 3, eerste lid, van hetzelfde decreet (artikel 7, 3°, van het voorontwerp) voegt daaraan toe dat de havenbedrijven de keuze hebben tussen een monistisch of een duaal bestuur.

In de memorie van toelichting wordt omtrent die laatste bepaling het volgende gesteld:

> “De wijziging van paragraaf 3 van artikel 5 is eveneens een gevolg van het in werking treden van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen in 2019.
>
> Parallel met de afschaffing van het wettelijk geregeld directiecomité krijgen naamloze vennootschappen voortaan de keuzevrijheid tussen twee bestuursvormen, met name een monistisch (eenlagig) of duaal (tweelagig) bestuursmodel. In het duaal bestuursmodel worden twee afzonderlijke organen belast met het bestuur van de NV: Een Directieraad en een Raad van Toezicht. Vandaar ook de expliciete toevoeging van de Raad van Toezicht in verschillende artikels in het Havendecreet.”

Vermits luidens het ontworpen artikel 5, § 2, eerste zin, van het decreet van 2 maart 1999 het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen in beginsel van toepassing is op de havenbedrijven en dat wetboek reeds in de keuze tussen een monistisch of een duaal bestuur voorziet, is het ontworpen artikel 5, § 3, eerste lid, van het decreet van 2 maart 1999 overbodig en kan die bepaling worden weggelaten.

Artikel 9

7.1. Naar luid van het bestaande artikel 7, eerste lid, van het decreet van 2 maart 1999 wordt in de schoot van elk havenbedrijf een raad van overleg opgericht die wordt gevormd door een vertegenwoordiging van het havenbestuur enerzijds en een paritaire vertegenwoordiging van de representatieve organisaties van werkgevers en werknemers in de haven anderzijds.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

Artikel 9 van het voorontwerp strekt ertoe die bepaling te vervangen door een meer algemeen geformuleerde verplichting voor de havenbedrijven om de raadpleging van de havengebruikers en de andere belanghebbenden te organiseren “conform artikel 15 van verordening (EU) 2017/352”.

In de memorie van toelichting wordt omtrent die wijziging het volgende uiteengezet:

> “De huidige lezing van artikel 7 van het Havendecreet verplicht alle havenbedrijven een raad van overleg in te richten. De noden en mogelijkheden rond de raadpleging van havengebruikers en belanghebbenden verschillen van havenbedrijf tot havenbedrijf. In de praktijk wordt het overleg dan ook niet in alle zeehavens op deze manier georganiseerd. Aangezien de EU-Havenverordening een nieuw rechtskader heeft ingevoerd, en haar bepalingen rechtstreeks werken, volstaat het om in het Havendecreet te bepalen dat de havenbedrijven zelf de vereiste raadplegingen kunnen organiseren. De EU-Havenverordening laat toe dat de raadplegingen hetzij via een permanent orgaan gebeuren, hetzij op ad hoc-basis, of via een combinatie van technieken.
>
> De wijziging neemt niet weg dat raadpleging en gedegen en voortdurend overleg tussen havenbeheerders, havengebruikers en lokale stakeholders een essentieel element voor een performant havenbeleid in Vlaanderen blijft.”

De gemachtigde voegde daar nog het volgende aan toe:

> “De tekst ivm ‘Raad van Overleg’ was ofwel ‘dode letter’ in de praktijk of werd anders ingevuld. Er kan geen kader worden voorzien dat passend is voor elke haven. Bijgevolg wordt wel de verplichting ingeschreven om overleg te voorzien, maar geen basisbeginselen. Op deze manier behouden de havenbedrijven de soepelheid om het noodzakelijke overleg (cf. Europese regelgeving) te regelen en dit met respect voor de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

7.2. Luidens artikel 15, lid 1 en lid 2, van verordening (EU) 2017/352 raadplegen de havenbeheerders “overeenkomstig het toepasselijke nationale recht” de havengebruikers en andere relevante belanghebbenden over de in die bepalingen vermelde aangelegenheden.

Het is juist dat, zoals in de memorie van toelichting wordt gesteld, die bepaling niet regelt welke vorm die raadpleging moet aannemen en die regeling aan de bevoegde nationale overheid overlaat. Het voorgaande neemt niet weg dat ze impliceert dat de decreetgever, of minstens de regering, in een dergelijke regeling moet voorzien. Dat blijkt ook uit het vierde lid van die bepaling, waar gewag wordt gemaakt van de *krachtens* dit artikel aan de havenbeheerder opgelegde *verplichtingen.* Bijgevolg lijkt de decreetgever zich er niet toe te kunnen beperken te bepalen dat de raadpleging “conform artikel 15 van verordening (EU) 2017/352” moet gebeuren, maar moet hij de vorm van die raadpleging zelf regelen, of de regering machtigen dat te doen, wat niet uitsluit dat in meerdere vormen van raadpleging kan worden voorzien teneinde die aan te passen aan de specifieke behoeften van elk van de havenbedrijven.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

Artikel 21

8.1.1. Luidens het ontworpen artikel 25*bis*, § 4, vierde lid, van het decreet van 2 maart 1999 treedt de gewestelijke havencommissaris op als vaste bijzitter in de IHB.

De gewestelijke havencommissaris wordt benoemd en ontslagen door de regering, die ook zijn statuut regelt. Hij wordt bovendien aangesteld in het departement Mobiliteit en Openbare Werken.[9] Gevraagd of gelet hierop de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de IHB voldoende wordt gewaarborgd, antwoordde de gemachtigde:

> "De Verordening eist inderdaad dat 'een daadwerkelijke functionele scheiding bestaat tussen de behandeling van klachten enerzijds en de eigendom en het beheer van havens, het verrichten van havendiensten en het gebruik van havens anderzijds' (art. 16.2). Het blijkt duidelijk uit de voorbereidende werken dat de Europese wetgever doelbewust heeft geopteerd voor een 'functionele' scheiding en heeft afgezien van de strengere eis dat een 'structurele' scheiding zou moeten bestaan (d.w.z. een scheiding in de zin van afzonderlijke rechtspersoonlijkheid of minstens een sterke organisatorische scheiding). Het Europees Parlement en de Europese Commissie aanvaarden expliciet dat een ministerie of een dienst binnen een ministerie als klachtenbehandelaar optreedt, en dit is ook waarvoor inmiddels in diverse Lidstaten is geopteerd. De Europese wetgever beoogde m.a.w. te verzekeren dat de klachtenbehandeling als dusdanig onafhankelijk gebeurt, maar wenste zich niet te mengen in de organisatorische opzet, welke aan de Lidstaten is overgelaten (zie over een en ander uitvoerig Van Hooydonk, E., The EU Seaports Regulation, Antwerpen, Portius, 2019, 1096-1099, nr. 372). De voorgestelde decreetsbepalingen verzekeren uitdrukkelijk dat de leden van de IBH geen belangen mogen hebben bij 'het beheer van havens, het verrichten van havendiensten en het gebruik van havens' en voeren een procedure voor de vervanging van de leden in voor het geval toch een dergelijk belang zou opduiken (zie art. 21, § 4, zesde lid). Verder is het duidelijk dat het Vlaams Gewest als dusdanig niet betrokken is in het beheer van havens of het verrichten van havendiensten. Het Havendecreet bepaalt immers uitdrukkelijk dat het alleen de havenbedrijven zijn die de havenbestuurlijke bevoegdheden uitoefenen (art. 4, § 1) en dat het Vlaams Gewest noch rechtstreeks noch onrechtstreeks in de havenbedrijven mag participeren (art. 5, § 1). De organisatie van een onafhankelijke IBH binnen de diensten van het Vlaams Gewest, samengesteld uit leden die ook persoonlijk geen enkel strijdig belang mogen vertonen, biedt dus wel degelijk de nodige waarborgen van 'functionele' scheiding tussen de klachtenbehandeling enerzijds, en havenbeheer en -exploitatie anderzijds."

8.1.2. Naar luid van artikel 16, lid 2, van verordening (EU) 2017/352 worden klachten behandeld op een wijze die belangenconflicten voorkomt en functioneel onafhankelijk is van havenbeheerders en aanbieders van havendiensten. De lidstaten zorgen ervoor dat er een daadwerkelijke functionele scheiding bestaat tussen de behandeling van klachten enerzijds en de eigendom en het beheer van havens, het verrichten van havendiensten en het gebruik van havens anderzijds. De behandeling van klachten geschiedt op onpartijdige en transparante wijze en met inachtneming van de vrijheid van ondernemen.

[9] Artikel 23, § 1, van het decreet van 2 maart 1999.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

Er kan met de gemachtigde worden aangenomen dat niet vereist is dat de IHB over rechtspersoonlijkheid beschikt,[10] en dat niet is uitgesloten dat een klacht wordt behandeld door, onder meer, een persoon die lid is van het departement Mobiliteit en Openbare Werken. Uit artikel 23, §§ 1, 3 en 4, van het decreet van 2 maart 1999 vloeit evenwel voort dat de gewestelijke havencommissaris controle uitoefent op de havenbedrijven, dat hij het voornemen van een havenbedrijf om een nieuwe deelneming op te richten of aan te gaan, of om een deelneming in een filiaal te wijzigen, moet viseren en dat hij de uitvoering kan opschorten van alle beslissingen van de algemene vergadering en van de raad van bestuur of de raad van toezicht[11] die hij strijdig acht met dit decreet, met de wettelijke bepalingen inzake de financiering van haveninvesteringen, met de besluiten die genomen zijn ter uitvoering van dit decreet of met de overeenkomsten die vermeld worden in artikel 40 ervan. Wanneer de klacht die de IBH behandelt, betrekking heeft op een beslissing die het voorwerp uitmaakt van het voormelde toezicht door de gewestelijke havencommissaris, kan bijgevolg betwijfeld worden of, wanneer hij als lid van de IBH uitspraak moet doen over die beslissing, zijn onpartijdigheid voldoende is gewaarborgd, vermits hij minstens impliciet al eerder uitspraak heeft gedaan over die beslissing.

Weliswaar wordt in het ontworpen artikel 25*bis*, § 4, zesde lid, van het decreet van 2 maart 1999 voorzien in de vervanging van een lid van de IBH wanneer in verband met een te behandelen dossier blijkt dat hij een belang heeft dat de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de behandeling zou kunnen schaden. Desalniettemin rijst de vraag of, gelet op de schijn van partijdigheid die om voormelde redenen ontstaat in hoofde van de gewestelijke havencommissaris, het raadzaam is om hem als vaste bijzitter aan te duiden.

In ieder geval zal, teneinde zijn onafhankelijkheid te waarborgen, bij het bepalen van zijn statuut erop moeten worden toegezien dat hij geen instructies kan ontvangen aangaande de in zijn hoedanigheid van lid van de IBH te nemen beslissingen en dat die beslissingen geen aanleiding kunnen geven tot disciplinaire sancties.

8.2. Uit het ontworpen artikel 25*bis*, § 5, eerste lid, 2°, van het decreet van 2 maart 1999 vloeit voort dat een klacht moet worden ingediend bij de IBH binnen zestig dagen na de dag waarop de klager kennis had, dan wel *redelijkerwijze kennis had kunnen hebben* van het feit, van de beslissing of, in geval van een voortdurende overtreding, van het begin van de overtreding die het voorwerp uitmaakt van de klacht.

De gemachtigde gaf hieromtrent de volgende toelichting:

> “De ontworpen regeling beoogt te verzekeren dat de klager, actief in de professionele wereld van de havens, diligent optreedt en niet onredelijk met het indienen van een klacht talmt. De regel is mee geïnspireerd door een arrest van de Raad van State over de toekenning van een concessie op een vrijgekomen haventerrein, waarbij de verzoeker *de visu* en via de gespecialiseerde media had kunnen weten dat de concessie vacant was (RvS, nr. 48.082 van 21 juni 1994, Seaport Terminals, ov. 2.2.5.2). Meer in het algemeen is de regel geïnspireerd door de omvangrijke rechtspraak van de Raad van State

[10] Hieromtrent om nadere toelichting gevraagd, verduidelijkte de gemachtigde dat het niet de bedoeling is om de IBH rechtspersoonlijkheid te verlenen.

[11] Zie immers artikel 19, 2°, van het voorontwerp.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

over het aanvangen van de beroepstermijn voor procedures voor de Raad en de plicht tot waakzaamheid welke de verzoekers moeten naleven (zie de talrijke verwijzingen in Baert, J. en Debersaques, G., Raad van State. Afdeling Administratie. 2. Ontvankelijkheid, Brugge, die Keure, 1996, 442 e.v., nr. 473 e.v.). De bedoeling van de in het ontwerp opgenomen regel is m.a.w. om de klagers aan te sporen om professioneel te handelen. Van havenondernemingen mag inderdaad 'redelijkerwijze' worden verwacht dat zij bijv. de vakmedia en berichten op de websites van havenbesturen in het oog houden. Door deze eis te stellen wordt precies tot een 'doeltreffende' klachtenbehandeling bijgedragen."

In zoverre de stellers van het voorontwerp aansluiting zoeken bij de rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, schrijve men "de dag waarop de klager kennis had, dan wel redelijkerwijze kennis had *moeten* hebben …" (in plaats van "had kunnen hebben").[12]

8.3. Naar luid van het ontworpen artikel 25*bis*, § 8, derde lid, van het decreet van 2 maart 1999 kan de IBH de havenbedrijven, de aanbieders van havendiensten en de havengebruikers verplichten om haar binnen een termijn die ze vaststelt informatie over een klacht te verschaffen *of een andere vorm van medewerking te verlenen*.

Gevraagd wat wordt bedoeld met "een andere vorm van medewerking", antwoordde de gemachtigde:

"Art. 16.5 van de Verordening bepaalt dat de klachtenbehandelaars, in overeenstemming met het nationale recht, bevoegd moeten zijn om havenbeheerders, aanbieders van havendiensten en havengebruikers te verplichten hun 'informatie in verband met een klacht' te verschaffen. Het doel van de toevoeging in de ontworpen bepaling dat de klachtenbehandelaar ook andere vormen van medewerking mag vragen, is praktisch geïnspireerd. Te denken valt bijv. aan het recht om toegang tot een haventerminal of havendok te vragen, teneinde een plaatsbezoek te verrichten. Dergelijke maatregelen dragen bij tot de doeltreffendheid van de klachtenbehandeling welke de Verordening, zoals de Raad van State terecht opmerkt, vereist. Bij gebrek aan decretale basis daarvoor heeft de IBH echter niet de bevoegdheid om over te gaan tot vrijheidberovende maatregelen, huiszoekingen of inbeslagnames. De Havenverordening staat aan de toekenning van dergelijke meer verregaande bevoegdheden niet in de weg, en de klachtenbehandelaars zouden bevoegdheden kunnen krijgen analoog aan die van een mededingingsautoriteit. In het ontwerp is niet voor de toekenning van dergelijke meer ingrijpende onderzoeksbevoegheden geopteerd."

In zoverre een plaatsbezoek mogelijkerwijs een inmenging zou kunnen inhouden in de onschendbaarheid van de woning en het recht op de eerbiediging van het privéleven, die onder meer worden gewaarborgd bij respectievelijk artikel 15 en artikel 22 van de Grondwet en bij artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens,[13] moet de decreetgever in een voldoende precieze regeling voorzien die bovendien evenredig zal moeten zijn met het door

[12] RvS 31 december 2020, nr. 249.394, *Buckinx*, nr. 13.

[13] Volgens het Grondwettelijk Hof moet het begrip "woning" in de ruime zin worden geïnterpreteerd en beoogt het eveneens de ruimten waar beroeps- en handelsactiviteiten worden uitgeoefend (GwH 19 december 2007, nr. 154/2007, B.77.2), als is de beoordelingsvrijheid van de verdragsstaten ruimer voor een regeling met betrekking tot dergelijke ruimten dan voor private woningen (GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, B.19.3). Zie ook GwH 12 oktober 2017, nr. 116/2017, B.5.1.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

hem nagestreefde doel. Een op algemene wijze geformuleerde verplichting om medewerking te verlenen met de IBH is daarentegen geen voldoende precieze wettelijke bepaling en kan bijgevolg geen grondslag bieden voor de inmenging in een grondrecht die een plaatsbezoek zou kunnen inhouden.

Bijgevolg moeten de vormen van medewerking die de decreetgever voor ogen heeft nader worden geregeld in het ontworpen artikel 25*bis*, § 8, derde lid, van het decreet van 2 maart 1999. Dat is des te meer het geval nu de niet-naleving van de door de IBH opgelegde verplichting overeenkomstig het ontworpen artikel 25*ter*, eerste lid, 2°, van het decreet van 2 maart 1999 (artikel 22 van het voorontwerp) wordt bestraft met een geldboete van 125 tot 31.250 euro.

8.4. Naar luid van het ontworpen artikel 25*bis*, § 11, vierde lid, van het decreet van 2 maart 1999 kan de IBH beslissen om de verplichtingen en de rechten vermeld in de artikelen 12 tot 22 van verordening (EU) 2016/679 (hierna: de AVG),[14] niet toe te passen bij de verwerkingen van persoonsgegevens in het kader van een onderzoek dat betrekking heeft op een welbepaalde natuurlijke persoon. Uit het ontworpen vijfde lid van die bepaling vloeit voort dat die afwijkingsmogelijkheid alleen geldt gedurende de periode waarin de betrokkene het voorwerp uitmaakt van een controle, een onderzoek of de voorbereidende werkzaamheden die daarmee verband houden en dat de duur van de voorbereidende werkzaamheden niet meer mag bedragen dan een jaar vanaf de ontvangst van een verzoek tot uitoefening van een van de rechten vermeld in de artikelen 12 tot 22 van de AVG.

Gevraagd hoe die termijn van een jaar kan worden verantwoord, gelet op het gegeven dat de IBH over maximum zes maanden beschikt om over een klacht te beslissen,[15] antwoordde de gemachtigde:

> “Deze bepaling is in de context van beperkingen van de rechten bedoeld in de artikelen 12 tot en met 22 AVG inmiddels zowat een standaardbepaling in de Vlaamse regelgeving geworden, maar in dit specifieke geval volstaat zes maanden in plaats van een jaar. We stellen voor dit zo aan te passen.”

Hiermee kan worden ingestemd.

8.5. In het ontworpen artikel 25*bis*, § 11, twaalfde lid, van het decreet van 2 maart 1999 wordt bepaald dat als een dossier is verzonden naar het openbaar ministerie en kan leiden tot activiteiten onder leiding van het openbaar ministerie of een onderzoeksrechter, en er onduidelijkheid is over het geheim van het onderzoek, de bevoegde functionaris voor gegevensbescherming slechts mag antwoorden op een verzoek overeenkomstig de artikelen 12 tot 22 van de AVG nadat het openbaar ministerie of de onderzoeksrechter hebben bevestigd dat het antwoord het onderzoek niet in het gedrang brengt of kan brengen.

[14] 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)’.

[15] Zie immers het ontworpen artikel 25*bis*, § 9, eerste lid, van het decreet van 2 maart 1999.

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

In artikel 12, lid 4, van de AVG wordt bepaald dat wanneer de verwerkingsverantwoordelijke geen gevolg geeft aan een verzoek krachtens de artikelen 15 tot 22 van die verordening, hij de betrokkene onverwijld en uiterlijk binnen één maand na ontvangst van het verzoek meedeelt waarom het verzoek zonder gevolg is gebleven, en hem informeert over de mogelijkheid om klacht in te dienen bij een toezichthoudende autoriteit en om beroep bij de rechter in te stellen.

Bijgevolg lijkt minstens vereist dat de bevoegde functionaris voor gegevensbescherming die geen antwoord heeft ontvangen van het openbaar ministerie of van de onderzoeksrechter, de betrokkene hiervan op de hoogte brengt.

8.6. Naar luid van het ontworpen artikel 25*bis*, § 13, eerste lid, van het decreet van 2 maart 1999 bewaart het secretariaat van de IBH de klachtdossiers gedurende ten minste vijf jaar. De persoonsgegevens kunnen worden bewaard tot maximaal tien jaar na de betekening van het eindarrest van het Marktenhof, desgevallend na cassatie en verwijzing.

Erop gewezen dat hiermee niet in een regeling is voorzien ingeval er geen beroep is bij het Marktenhof, antwoordde de gemachtigde:

> "Dit is een terechte opmerking. We stellen voor om te bepalen dat de persoonsgegevens kunnen bewaard worden tot maximaal tien jaar, naargelang het geval:
>
> - na het ogenblik dat de IBH het onderzoek definitief zonder gevolg afsluit;
>
> - ingeval de IBH een beslissing neemt tot onontvankelijkheid of tot ongegrondheid van de klacht: nadat de beroepstermijn bedoeld in artikel 25*bis*, §10, eerste lid, is afgelopen zonder dat een beroep werd ingesteld;
>
> - ingeval de IBH een beslissing neemt tot gegrondheid van de klacht, waartegen geen beroep werd ingesteld: na de kennisgeving van de eindbeslissing van de IBH;
>
> - ingeval tegen een beslissing van de IBH een beroep wordt ingesteld: na de betekening van het eindarrest van het Marktenhof, desgevallend na cassatie en verwijzing.
>
> Zo nodig kan de Vlaamse regering nadere regels vastleggen op grond van art. 14, 3°. Voorts wordt verwezen naar de nadere uitleg in de artikelsgewijze toelichting."

8.7. Naar luid van het ontworpen artikel 25*bis*, § 13, derde lid, van het decreet van 2 maart 1999 kan de IBH als ze dat in het belang van de werking van de havens nuttig acht, beslissen om haar beslissingen integraal of bij uittreksel bekend te maken op haar website of op een andere wijze, tenzij de regels inzake de verwerking van persoonsgegevens[16] of inzake commercieel of industrieel gevoelige informatie zich daartegen verzetten.

Zoals vermeld (opmerking 8.1.2) vloeit uit artikel 16, lid 2, van verordening (EU) 2017/352 onder meer voort dat de behandeling van klachten door de IBH op onpartijdige en *transparante* wijze moet geschieden. Die laatste vereiste houdt in dat de beslissingen van de IBH

[16] Volgens de gemachtigde wordt met de verwijzing naar paragraaf 11 "gedoeld op de hypothese dat de regels over bescherming van persoonsgegevens, 'vermeld in' § 11 (met andere woorden de algemene verordening gegevensbescherming zelf), een beletsel zouden vormen voor de bekendmaking van de beslissingen, of bepaalde passages ervan. Het is m.a.w. de bedoeling in het algemeen te signaleren dat de regels inzake de bescherming van persoonsgegevens voor de publicatie een beletsel zouden kunnen vormen."

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡

onderling consistent moeten zijn, zodat een mogelijke klager aan de hand van die beslissingen zich een idee kan vormen van wat de uitkomst zou zijn van zijn eventuele klacht en zodat een klager of aangeklaagde die het niet eens is met een beslissing van de IBH kan nagaan of hij – bij gebrek aan consistentie – redenen heeft om een beroep in te stellen bij het Marktenhof. Opdat dit mogelijk zou zijn, moeten zij derhalve toegang hebben tot de beslissingen van de IBH.

Het voorgaande sluit op zich niet uit dat persoonsgegevens of commercieel of industrieel gevoelige informatie niet worden bekendgemaakt, mede ter bescherming van het recht op het privéleven. Maar daarbuiten lijkt vereist dat, om het transparante karakter van de behandeling van de klachten door de IBH te waarborgen, in een systematische bekendmaking van de beslissingen van de IBH wordt voorzien, in plaats van die bekendmaking afhankelijk te maken van de beslissing van de IBH, in functie van "het belang van de werking van de havens".

Het ontworpen artikel 25*bis*, § 13, derde lid, van het decreet van 2 maart 1999 moet worden herzien in het licht van het voorgaande.

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

Annemie GOOSSENS Wilfried VAN VAERENBERGH

‡LW-CIKVLEJFC-HABEHUQ‡