Openbaarheid van overheidsinformatie in België

Hoe transparant is openbaarheid van overheidsinformatie?

Kaat Leus*

I Inleiding

1. Hoe is in België in de huidige stand van zaken de openbaarheid van overheidsinformatie juridisch geregeld? Dat is de vraag die mij werd gesteld om te onderzoeken en te beschrijven met het oog op onze jaarvergadering van 2014. Het leek, althans op het eerste gezicht, een haalbare zaak maar schijn bedriegt; bij nader toezien bleek een en ander alles behalve mee te vallen. Zoals hierna zal blijken zijn daarvoor verschillende redenen zijn op te geven. Vooreerst bleek de omvang van het onderwerp gigantisch, niet in het minst omdat – hoewel het gaat om de concrete toepassing van een in de Belgische Grondwet verankerd fundamenteel grondrecht – zowel de federale Staat als de gemeenschappen en de gewesten op dit vlak normatieve bevoegdheid hebben. Die regelgevers zijn, overheen de jaren, actief gebleken soms op eigen initiatief, soms ingevolge internationale afspraken (Verdrag van Aarhus, Europese regelgeving, enz.) hetgeen heeft geresulteerd in een *veelheid van algemene en specifieke regelingen* inzake openbaarheid van bestuur, zowel wat de actieve als de passieve openbaarheid betreft. Die regelgevers dienen daarbij uiteraard rekening te houden met de ter zake geldende internationaalrechtelijke verdragsbepalingen of het daarvan afgeleide verdragsrecht die het recht op openbaarheid van bestuur of toegang tot overheidsinformatie hetzij garanderen, hetzij, op sommige deelgebieden, nader regelen; evenals met de jurisprudentie in dat verband. Daarbij is ondermeer (doch niet limitatief) te denken aan de artikelen 10, 2, 6 en 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, aan artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, aan het Verdrag van Aarhus en aan de Europese richtlijnen op het vlak van de toegang tot milieu-informatie, aan artikel 42 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.¹ Voorts hebben, wat België

* Prof. dr. K. Leus is Staatsraad bij de afdeling Wetgeving van de Raad van State, Hoofddocent aan de Vrije Universiteit Brussel. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel en verbindt enkel de auteur.

1 Zelfs al is die bepaling, krachtens artikel 51.1. van het Handvest gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten.

betreft, zowel de Staat als de deelentiteiten voorzien in regels inzake de te verlenen rechtsbescherming bij openbaarheid van bestuur zodat elke wet een eigen procedureregeling kent en eigen (administratieve) beroepsinstanties die zijn belast met hetzij een advies-, hetzij een beslissingsbevoegdheid om openbaarheidsaanvragen te beoordelen waaraan niet (geheel of gedeeltelijk) tegemoet is gekomen. Dat leidt (uiteraard) tot talrijke adviezen respectievelijk beslissingen van deze beroepsinstanties (die overigens in het verleden niet steeds noch systematisch werden gepubliceerd). Voorts kan het Grondwettelijk Hof – en de afdeling Wetgeving van de Raad van State waar het voorstellen en ontwerpen betreft – ertoe worden gebracht een grondwettigheidscontrole te verrichten op een wet, decreet of ordonnantie waarbij de uitoefening van het grondrecht wordt beperkt doordat de betrokken normatieve tekst de voorwaarden bepaalt waaronder het recht tot toegang kan worden uitgeoefend. Ook de Raad van State (afdeling Bestuursrechtspraak) en de gewone rechter worden geconfronteerd met betwistingen inzake de uitoefening van het betrokken grondrecht. Kortom, de bronnen bleken oeverloos, de in aanmerking komende te behandelen rechtspunten evenzeer.

Er is dan ook noodgedwongen een keuze gemaakt om bepaalde aspecten of, veeleer, een beperkt aantal aspecten te behandelen en andere niet. De lezer zal met andere woorden geen systematische bespreking of analyse van de betrokken regelgevingen vinden, noch een beschrijving of analyse van de wijze waarop de rechtsbescherming inzake openbaarheid van bestuur is georganiseerd. Het zou ons veel te ver leiden.

Er is daarentegen in de eerste plaats voor geopteerd om aan de Nederlandse leden inzicht te geven in de beweegredenen die de grondwetgever ertoe hebben gebracht het fundamentele recht op openbaarheid van bestuur in de Grondwet te verankeren als een 'direct afdwingbaar recht' met dien verstande dat de wetgever(s) eraan beperkingen kunnen aanbrengen. Tevens wordt onder de aandacht gebracht hoe de grondwetgever met betrekking tot dit fundamenteel grondrecht is omgegaan met de bevoegdheidsverdeling tussen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten. Daarmee wordt meteen inzicht gegeven in de (hoofd)redenen waarom de Belgische rechtspracticus zich geconfronteerd weet met een veelheid aan regelgeving die ertoe leidt dat weliswaar sprake is van één fundamenteel grondrecht doch één met allerhande nuances en nog meer schakeringen. Voor het overige zijn een aantal thema's gekozen omwille van hun actualiteitsgehalte of, nog, omwille van vragen die kunnen rijzen in het licht van recente jurisprudentie van het Hof van Justitie. In ieder geval is in hoofde van de auteur van dit preadvies alvast de overtuiging gegroeid dat, met het oog op een efficiënt en doelmatig openbaarheidsbeleid, een met vereende krachten voortgezet wetenschappelijk onderzoek betreffende de openbaarheid van bestuur in België – waaruit vervolgens concrete beleidsconclusies zouden kunnen worden getrokken – meer dan welkom blijft.

II De grondwetsherziening van 18 juni 1993: de introductie van een grondwettelijk recht op openbaarheid van bestuur

2. Daar waar vóór de Tweede Wereldoorlog met de vrijheid van meningsuiting (artikel 19 van de Grondwet) en de persvrijheid (artikel 25 van de Grondwet) vooral de nadruk werd gelegd op het actief recht van de pers om informatie te verschaffen met eraan gekoppeld een onthoudingsplicht van de overheid, is het pas na de Tweede Wereldoorlog dat de vraag ontstaat om een passief recht op informatie in hoofde van de burger (of een ander bestuur²) te erkennen waarbij op de overheid een positieve zorgplicht gaat wegen om in te staan voor een beleid en een infrastructuur waarin de communicatievrijheid verwezenlijkt kan worden. Een algemeen recht op openbaarheid van bestuur was tot vóór midden de jaren negentig van vorige eeuw niet in de Belgische Grondwet opgenomen. Wel bestonden er (sporadisch) specifieke wettelijke regelingen waarbij sectoraal in een of andere vorm van openbaarheid werd voorzien (ruimtelijke ordening en stedenbouw, lokale besturen, enz.).³

Daarin kwam verandering met de verklaring tot herziening van de Belgische Grondwet van 18 oktober 1991 die voorzag in de invoering in de Grondwet van een artikel betreffende de openbaarheid van bestuur, de motivering van bestuurshandelingen en de ombudsman.⁴

Uiteindelijk wordt met de grondwetswijziging van 18 juni 1993 in titel II ‘De Belgen en hun rechten’⁵ van de Grondwet een artikel 24ter ingevoegd.⁶ Het gaat om huidig artikel 32 van de Grondwet dat als volgt luidt: ‘Ieder⁷ heeft het recht elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald door de wet, het decreet of de regel bedoeld in artikel 134.’

De grondwetsbepaling is in werking getreden op 1 januari 1995.

3. Uit de verklarende nota bij het voorstel van de Regering ‘tot invoeging van een artikel 24ter in de Grondwet betreffende de openbaarheid van bestuur’ blijkt dat met de invoeging van de grondwettelijke bepaling aansluiting werd gezocht bij de internationale teksten en bij andere staten die dergelijk recht reeds hadden ingevoerd.⁸

Zo wordt onder meer verwezen naar het Zweedse voorbeeld waar het recht op openbaarheid van bestuur reeds in 1766 werd voorzien in de Zweedse verordening op de

2 Voor een toepassing van het recht op informatie in hoofde van een bestuur (jegens een ander bestuur): R.v.St., Commune de Schaerbeek, nr. 225162 van 21 oktober 2010.

3 A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Kluwer 2012, p. 803-804.

4 Belgisch Staatsblad van 18 oktober 1991.

5 Zie evenwel ook artikel 191 G.W.: ‘Iedere vreemdeling die zich op het grondgebied van België bevindt, geniet de bescherming verleend aan personen en aan goederen, behoudens de bij de wet gestelde uitzonderingen.’

6 Belgisch Staatsblad van 29 juni 1993.

7 Het gaat dus om ‘eenieder’, zowel natuurlijke als rechtspersonen met inbegrip van besturen (cfr. *supra*).

8 Parl. St., Kamer, 1992-1993, nr. 839/1, p. 1.

vrijheid van drukpers. De Regering merkt daarbij op dat het niet verwonderlijk mag heten dat de openbaarheid van bestuur onder de noemer van de persvrijheid werd geplaatst:

‘In essentie moet de openbaarheid van bestuur immers waarborgen dat iedereen over alle noodzakelijke informatie beschikt of kan beschikken om het begrip “democratische rechtsstaat” inhoud te geven. Waar tot vóór de tweede wereldoorlog ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting en de persvrijheid vooral de klemtoon werd gelegd op het actiefrecht van de persorganen om informatie te verschaffen zonder beperkende overheidsinmenging (uitingsvrijheid), is sedertdien een evolutie waar te nemen waarbij de vrijheid van informatie eveneens vanuit de positie van de ontvanger wordt benadrukt, als een passiefrecht om geïnformeerd te worden (recht op informatie).’

4. Parallel met deze ontwikkeling wijst de Regering die het voorstel indienende ook op de verschuiving van de onthoudingsplicht van de overheid inzake pers en omroep, naar het benadrukken van :

‘een zorgplicht voor de overheid om een voorwaardescheppend beleid te voeren en een infrastructuur uit te bouwen waarin de communicatievrijheid als sociaal grondrecht verwezenlijkt kan worden. Naast de uitingsvrijheid als individueel en liberaal grondrecht, vinden ook het recht op informatie en de zorgplicht van de overheid een stevige juridische basis in het nationale en het internationale recht (...) Het is evenwel vooral op basis van een aantal internationale verdragsteksten dat de communicatievrijheid zich als sociaal grondrecht heeft ontwikkeld, en tevens de grondslag is gelegd voor het recht op informatie.’

Wat het internationale recht betreft, wordt er verwezen naar artikel 19 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UNO), artikel 19 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BUPO) en artikel 10 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), inzonderheid op de interpretatie van artikel 10 EVRM die een dynamische evolutie heeft gekend ‘in de richting van het erkennen van de ontvangstvrijheid voor het publiek, van de zorgplicht voor de overheid om het recht op informatie te helpen verwezenlijken door een openbaarheidsplicht inzake inlichtingen van algemeen belang en van een garingsvrijheid voor de journalisten’.⁹ Er worden nog een aantal aanbevelingen en resoluties van de Raad van Europa in herinnering gebracht zoals Resolutie 428 (1970), Aanbeveling 582 (1970), 854 (1979), en 1037 (1986) en van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (Resolutie 77 (1977) en Aanbeveling 19 (1981)) waarin wordt vooropgesteld dat artikel 10 EVRM ook het recht zou insluiten van de vrijheid ‘to seek information (...) with a corresponding duty on public authorities to make information available on matters of public interest subject to appropriate limitations’, naar de Verklaring betreffende de vrijheid van expressie en informatie van het Comité van Ministers (29 april 1982), enzovoort.

9 Zie bijvoorbeeld recent nog EHRM, Roçianu t. Roemenië, nr. 27329/06 van 24 juni 2014.

5. Bedoeling van de indieners van het voorstel is dan ook om, rekening houdende met al die bepalingen, met het voorgestelde grondwetsartikel de basisprincipes vast te leggen met betrekking tot de openbaarheid van bestuur. Er is daarbij geopteerd voor een korte omschrijving van deze principes.

Immers, een nadere specificering ervan, zo oordeelde de grondwetgever, kan alleen maar verwarring scheppen en ertoe leiden dat 'wat verduidelijking moet zijn, een verenging wordt. Het gevaar is dan te groot dat wat dan niet is opgenomen als een al dan niet gewilde beperking zou worden geïnterpreteerd'.

De voorgestelde bepaling, zo wordt nog verduidelijkt, betekent dat de raadpleging en het afschrift van bestuursdocumenten vrij zijn. De openbaarheid wordt derhalve *de regel* met dien verstande dat *de wet, het decreet of de ordonnantie uitzonderingen kunnen voorzien* of de modaliteiten van dat recht kunnen vastleggen ten aanzien van de documenten die berusten bij de overheden of diensten die onder de bevoegdheid vallen van, naar gelang het geval, de federale overheid, de gemeenschap of het gewest, én uitzonderingen bepalen op gronden die de uitoefening van hun bevoegdheden betreffen, geldend voor alle administratieve overheden.

6. Dat betekent meteen dat, met het oog op het toepassingsgebied van het betrokken subjectief recht, ook het belangrijke begrip 'bestuursdocument' als bedoeld in artikel 32 van de Grondwet invulling zal moeten krijgen. In de verklarende nota bij het voorstel tot grondwetsherziening blijkt dat met de term 'bestuursdocument'

'alle informatie wordt bedoeld, in welke vorm ook, waarover de administratieve overheden beschikken. De term dient breed te worden opgevat. Het betreft alle beschikbare informatie, welke ook de informatiedrager is: schriftelijke stukken, geluids- en beeldopnamen met inbegrip van de gegevens vervat in de geautomatiseerde informatieverwerking. Verslagen, studies, zelfs van niet-ambtelijke adviescommissies, sommige notulen en processen-verbaal, statistieken, administratieve richtlijnen, omzendbrieven, contracten en vergunningen, registers van openbaar onderzoek, examen-cohiers, films, foto's enz. waarover een overheid beschikt, zijn in regel openbaar, behoudens wanneer een uitzonderingsgrond moet worden toegepast.'

7. Van meetaf aan wordt daarbij aangegeven dat de uitzonderingsgronden *relatief* zijn wat inhoudt dat telkens, geval per geval, het belang van de openbaarmaking moet worden afgewogen tegen het belang beschermd door een uitzonderingsgrond. Wanneer bijvoorbeeld de veiligheid van de Staat een uitzonderingsgrond zou zijn, moet nagegaan worden of het verlenen van inzage in een bepaald document in *concreto* de veiligheid van de Staat aantast of niet. Het is mogelijk dat dit op een bepaald moment wel het geval is, terwijl hetzelfde document op een later tijdstip zonder enig probleem openbaar kan worden gemaakt. Indien de openbaarheid

wordt geweigerd, mag de inhoud van het document uiteraard niet via de mededeling van de weigeringsmotieven bekend geraken.¹⁰

8. Aangezien het grondwetsartikel verwijst naar bestuursdocumenten en het gaat om openbaarheid van bestuur komt meteen het begrip ‘administratieve overheden’ in het vizier. De principes vastgesteld in het voorgestelde artikel gelden immers, zo blijkt uit de verklarende nota, ‘ten aanzien van alle administratieve overheden’. De concrete invulling van dit begrip zal naderhand gebeuren waarbij de indiener van het voorstel wel aangeeft dat omdat met artikel 32 een fundamenteel recht wordt toegekend, bij de invulling van het begrip een zo breed mogelijke interpretatie dient te worden gehanteerd waarbij wordt verwezen naar het (evolutieve) begrip ‘administratieve overheid’ in artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, en de rechtspraak van de Raad van State (en het Hof van Cassatie) dienaangaande.

9. Kortom, in de verklarende nota bij het voorstel tot herziening van de Grondwet tot invoering van een artikel betreffende de openbaarheid van bestuur worden meteen de contouren ervan vastgelegd, zijnde de fundamentele beginselen die in dat verband gelden en waarbij de Grondwetgever het aan de verschillende wetgevers toevertrouwt om de bijzonderheden verder uit te werken. In die nota wordt meteen aangekondigd dat alvast de *federale Regering* op korte termijn in uitvoering van het Regeerakkoord een wetsontwerp aan het Parlement zal voorleggen betreffende de openbaarheid van bestuur in de *federale besturen*.¹¹ Samen met de andere maatregelen die in het Regeerakkoord zijn voorzien op het vlak van de bestuurlijke vernieuwing, zoals de motivering van bestuurshandelingen en het creëren van het instituut van de ombudsman, moet het nieuwe grondwetsartikel en de diverse wetten, decreten en ordonnanties ter uitvoering ervan leiden tot een fundamentele heroriëntering van de relatie tussen burger en bestuur:

‘In plaats van een onmondige rechtsonderhorige, die voor het verkrijgen van zijn rechten dikwijls afhankelijk is van de goede wil van de overheid zal de burger een geïnformeerde en weerbare gesprekspartner worden ten aanzien van een overheid die niet meer in de eerste plaats functioneert volgens haar eigen, interne wetmatigheden maar integendeel gericht is op dienstverlening

¹⁰ Parl.St., Kamer, 1992-1993, nr. 839/1, p. 5.

¹¹ Er kan overigens worden opgemerkt dat, reeds vóór de grondwetsherziening, de deelgebieden niet hadden stilgezeten. Zo maakte de minister tijdens de parlementaire bespreking van artikel 32 melding van het feit dat de Vlaamse Gemeenschap reeds over een (algemeen) decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse Executieve beschikte en het Waalse en het Brusselse Gewest over, zij het gedeeltelijke, openbaarheidswetgevingen beschikten met betrekking tot het milieu, met name het Waalse decreet van 13 juni 1991 betreffende de vrije toegang van de burgers tot informatie over het milieu en de Brusselse ordonnantie van 29 augustus 1991 betreffende de toegang tot de informatie over het milieu in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest. Daarnaast kan onder meer nog melding worden gemaakt van (nog andere) specifieke regelingen onder meer inzake ruimtelijke ordening, enz.

en overleg. Tegelijkertijd zal het overheidsoptreden een sterkere democratische inbedding krijgen, doordat er meer controle mogelijk is van buiten af.

10. Vanuit grondwettelijk oogpunt is het nog belangrijk erop te wijzen dat de Belgische grondwetgever het recht op openbaarheid van bestuur heeft erkend als een subjectief recht waarvan eenieder geniet en dat, bij gebrek aan wetskrachtige teksten die er gebeurlijk voorwaarden of uitzonderingen aan koppelen, rechtstreeks afdwingbaar is bij de rechter.¹² Die gedachte leidde aanvankelijk tot enige ongerustheid. Op een vraag van een lid van de bevoegde parlementaire commissie of artikel 32 (ex 24ter) pas na goedkeuring van de diverse wetgevingen van toepassing zal zijn, antwoordde de minister immers ontkennend. Om echter te voorkomen dat beroep wordt ingesteld om, op grond van het algemene grondwettelijke beginsel, inzagerecht in bestuursdocumenten te krijgen, zonder dat de diverse wetgevers de tijd hebben gekregen om hun eigen maatregelen te nemen, werd een amendement aangenomen ten gevolge waarvan voormeld recht pas op 1 januari 1995 van kracht werd.

Anderen vreesden dan weer de tussenkomsten van de diverse wetgevers in een aanlegenschap die een algemeen, wezenlijk en fundamenteel principe betreft en dat in de diverse staatsrechtelijke indelingen een andere inhoud zou kunnen krijgen. Sommigen oordeelden dan ook dat een beperking er nooit toe zou mogen leiden dat de burger actief medezeggenschap wordt onthouden door, bijvoorbeeld, hem bij wetskrachtige norm het recht te ontfeggen om kennis te nemen van de documenten alvorens een beslissing wordt genomen omdat indien er enkel mogelijkheid is om van documenten inzage te nemen als de beslissing al is gevallen, er enkel gewag kan worden gemaakt van passieve medezeggenschap en niet van actieve participatie waardoor het recht van de rechtszoekende aanzienlijk wordt beknót. Het betreft immers een grondwettelijk recht en de invulling ervan kan niet 'aan een toevallige meerderheid op wet-, decreet- of ordonnantiegevend gebied worden overgelaten'.

Ook die laatste vrees moet echter worden gerelativeerd omdat op wetskrachtige teksten respectievelijk verordeningen die het grondwettelijk recht op openbaarheid zouden miskennen of uithollen een rechterlijke controle mogelijk is door het Grondwettelijk Hof, respectievelijk de Raad van State en, met toepassing van artikel 159 van de Grondwet (exceptie van onwettigheid) door de gewone rechter.

III De bevoegdheidsverdeling inzake het recht op informatie en openbaarheid van bestuur

11. Krachtens artikel 32 van de Grondwet komt het alle wetgevers binnen hun respectieve (materiële en territoriale) bevoegdheden toe om het grondwettelijk recht op openbaarheid van bestuur verder uit te werken met rechtsregels van gelijke waarde

¹² Parl.St., Kamer, 1992-1993, nr. 839/4, p. 3-4.

in de normenhiërarchie. Dit zou op het eerste gezicht opmerkelijk kunnen lijken omdat het gaat om een fundamenteel en universeel grondrecht dat niettemin, precies ingevolge de bevoegdheid van de Staat en de deelstatelijke entiteiten, inhoudelijke variaties krijgt wat de invulling en uitwerking ervan betreft binnen één en dezelfde, weliswaar federaal gestructureerde, Staat. Die diverse regelingen hebben er sommige auteurs toe gebracht, langs beide zijden van de taalgrens, te stellen dat in fine ‘de regeling inzake openbaarheid van bestuur steeds complexer en daardoor minder transparant wordt’ en dus finaal leidt tot, wat met enig cynisme, een niet-transparante openbaarheidsregeling kan worden genoemd.¹³

De complexe regelgeving en de daarmee gepaard gaande ‘ondoorzichtigheid’ is weliswaar niet enkel toe te schrijven aan de bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten maar ook doordat er sprake is van ‘algemene regelingen’, enerzijds, en ‘sectorale of specifieke’ regelingen die afwijkend kunnen zijn van de algemene openbaarheidsregelingen, anderzijds. Bovendien kunnen op die veelheid van regelingen de klassieke interpretatieregels (*lex posterior priori derogat, lex specialis generalibus derogat, ...*) niet zonder meer worden toegepast.¹⁴ Voorts is er nog de (toenemende) invloed van internationale en Europese regelingen die zich in het bijzonder doet voelen op sommige deeldomeinen (toegang tot milieu-informatie, hergebruik van overheidsinformatie, enz.), het aanwenden van inhoudelijk soms on- of weinig grijpbare begrippen als ‘administratieve overheid’, ‘bestuursinstantie’,¹⁵ enz. die nochtans cruciaal zijn om de toepassingsfeer van de openbaarheidsregelingen (goed) te (kunnen) vatten (zie nog *infra*).

12. Hoe dan ook, de interne bevoegdheidsverdeling tussen de federale Staat, de gemeenschappen en gewesten inzake openbaarheid van bestuur moet worden gesitueerd binnen de ruimere problematiek van de bevoegdheidsverdeling tussen de federale entiteiten op het vlak van de grondrechten.¹⁶ Uit de adviespraktijk van de afdeling Wetgeving van de Raad van State van de jaren tachtig van de voorbije eeuw blijkt dat twee benaderingen mogelijk zijn.

De eerste opvatting gaat ervan uit dat de federale Staat bevoegd zou zijn voor de regeling van grondrechten en zulks voor alle overheden, inclusief de gemeenschappen en de gewesten en de daarvan afhankende overheden zoals de territoriaal en

13 Zie ondermeer A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, o.c., 2012, p. 805; D. Déom, Th. Bombois en L. Gallez, *Les exceptions au droit d'accès des documents administratifs*, in: D. Renders (red.), *L'accès aux documents administratifs*, Brussel: Bruylant 2008, inz. p. 423-425.

14 D. Déom, Th. Bombois en L. Gallez, *Les exceptions ..., o.c.*, 2008, p. 206; F. Schram, *De openbaarheidswetgeving in beweging*, T. Gem 2001/2, p. 77-114, inz. p. 101-106.

15 Zie wat het begrip ‘bestuursinstantie’ (en de kritiek daarop) betreft: R.v.St., Vrije Univesiteit Brussel, nr. 218.666 van 27 maart 2012; R.v.St., VZW Arteveldehogeschool, nr. 221.641 van 6 december 2012.

16 Voor een globaal overzicht: zie J. Vanpraet, *De latente staatsvorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Brugge: Die Keure, 2011, p. 241-269.

functioneel of dienstgewijze gedecentraliseerde besturen. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de regeling van grondrechten zich niet zou lenen tot een gedifferentieerde regeling. De Staat put zijn bevoegdheid dan hetzij uit een uitdrukkelijke grondwetsbepaling die de regeling van het betrokken grondrecht exclusief aan de federale wetgever voorbehoudt (bijvoorbeeld artikel 22 van de Grondwet (recht op eerbiediging van het privéleven en het gezinsleven), hetzij uit de aan hem toekomende residuaire bevoegdheid.

Volgens een tweede opvatting kunnen de Staat, de gemeenschappen en de gewesten elk, binnen de grenzen van de eigen bevoegdheid, grondrechten regelen. In die opvatting komt het de federale wetgever niet toe zich met de uitoefening van de bevoegdheden van de gemeenschappen en gewesten te bemoeien, ook niet (althans in beginsel) op het vlak van het regelen en de eerbiediging van de grondrechten. Hierbij wordt dan uitgegaan van de autonomiegedachte, de erkenning dat gemeenschappen en gewesten voldoende maturiteit daartoe hebben, dat zij in ieder geval het *proportionaliteitsbeginsel* in acht dienen te nemen en hun rechtsregels evengoed kunnen worden getoetst aan hogere (nationale en internationale) rechtsregels door de rechter, in het bijzonder zoals de federale wetten, decreten en ordonnances door het Grondwettelijk Hof kunnen worden getoetst aan de Grondwet waarin het betrokken grondrecht ligt vervat, in dit geval het recht op openbaarheid van bestuur. De bescherming van de grondrechten wordt dan niet benaderd als een zelfstandige bevoegdheidsmaterie maar als een ‘*accessoire bevoegdheid*’, gekoppeld aan de hoofdbevoegdheid (*ratione materiae*) van de Staat, de gemeenschappen en de gewesten. De grondrechten moeten door de betrokken overheid, welke ook, worden geëerbiedigd en zij moet instaan voor de bescherming ervan, inclusief de (nadere) invulling ervan, en zulks – uiteraard – binnen de contouren van de Grondwet en de internationale teksten die deze fundamentele rechten waarborgen.

13. Tot midden jaren negentig genoot de eerste benadering de voorkeur. J. Vanpraet wijst erop dat vanaf midden jaren negentig zowel in de adviespraktijk van de Raad van State als in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof principieel werd aangesloten bij de tweede benaderingswijze.¹⁷ Artikel 32 van de Grondwet werd, zoals gezegd, ingevoerd op 18 juni 1993 en verwijst terzake zelf naar de bevoegdheid van de onderscheiden wetgevers (‘behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald door de wet, het decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel’) hetgeen bij de tweede benadering aansluit.

Toch blijkt dat de eerste zienswijze, alvast ten aanzien van bepaalde grondrechten, nog niet geheel is verlaten. De federale overheid blijft soms nog bevoegd – hetgeen moet worden geanalyseerd ‘geval per geval’¹⁸ – om bepaalde grondrechten op een algemene wijze te regelen (dat is bijvoorbeeld het geval met een ander aspect van informatieverstrekking door de overheid met name op het vlak van de

17 J. Vanpraet, *De latente staatshervorming ...*, o.c., 2011, p. 242.

18 *Ibidem*, p. 248.

(uitdrukkelijke) motivering van (individuele) bestuurshandelingen waar aangenomen wordt dat de federale overheid voor alle overheden de *minimumnorm* bepaalt en het de deeltentiteiten toekomt specifieke regelingen uit te werken in de deeldomeinen waarvoor ze bevoegd zijn (bijvoorbeeld inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw) om de (minimum)regels aan te scherpen naar boven toe. Kortom in sommige andere gevallen geldt de regel '*lex specialis derogat legi generalis*' waardoor de specifieke regeling van de deeltentiteit voorrang krijgt of de onderscheiden regels cumulatief moeten worden toegepast.¹⁹

14. Meer specifiek wat de openbaarheid van bestuur betreft, bepaalt artikel 32 van de Grondwet dat ieder het recht heeft elk bestuursdocument te raadplegen en er een afschrift van te krijgen waaruit voortvloeit, zoals gezegd, dat de openbaarheid van bestuursdocumenten, de regel is. Uitzonderingen op het beginsel zijn slechts mogelijk in de gevallen en onder de voorwaarden vastgesteld door de wet, het decreet of de ordonnantie. Zij moeten worden verantwoord en beperkend geïnterpreteerd.²⁰ Die grondwetsbepaling moet in de eerste plaats zo worden gelezen dat elke overheid bevoegd is om op algemene wijze de openbaarheid van bestuur te regelen wat zijn eigen diensten en instellingen betreft, evenals van de rechtspersonen die van de betrokken overheid afhangen. Concreet kan de federale overheid, evenals de gemeenschappen en de gewesten, de uitzonderingen vastleggen ten aanzien van de documenten die berusten bij de overheden, diensten of instellingen die onder hun bevoegdheid vallen. Het betreft het zgn. '*organiek criterium*'. De gedachte daarbij is dat een regelgeving betreffende de openbaarheid van bestuur de wijze bepaalt waarop de betrokken overheid omgaat met de voorlichting van het publiek, over het optreden van die overheid en het recht van de burger om een bestuursdocument van die overheden (of dat bij hen berust), te raadplegen. Die aangelegenheid maakt volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof dan ook deel uit van de '*organieke wetgeving*' die de inrichting, bevoegdheid en werking van de betrokken dienst of instelling regelt²¹ en, dus, organiseert. Anders gezegd, de federale Staat, de gemeenschappen en gewesten zijn bevoegd om binnen de aangelegenheden waarvoor ze bevoegd zijn, diensten en instellingen op te richten of in te richten wat inhoudt dat ze de samenstelling, bevoegdheid en werking ervan kunnen bepalen. Ze genieten met andere woorden van het (bestuurlijk) organisatierecht. Dat bestuurlijk organisatierecht omvat ook de bevoegdheid om de openbaarheid te regelen van de bestuursdocumenten die zij zelf, hun diensten of de instellingen die van hen afhangen, onder zich houden. De uitzonderingen op de openbaarheid die aldus worden bepaald zijn algemeen en blijven niet beperkt tot de materiële aangelegenheden waarvoor zij bevoegd zijn. Zo kan bijvoorbeeld een gemeenschap ten aanzien van een bestuursdocument dat bij haar berust een uitzonderingsgrond bepalen ter

19 J. Vanpraet, *De latente staatsvorming...*, o.c., 2011, p. 249.

20 Gedr. St., Senaat, 1991-1992, nr. 100-49/2, p. 9; GwH nr. 17/97 van 25 maart 1997, B.2.2.

21 GwH nr. 69/1999 van 17 juni 1999, B.3.1 tot B.6; GwH nr. 43/2002 van 20 februari 2002, B.6.1.

bescherming van intellectuele-eigendomsrechten, al is voor laatstgenoemde materie nochtans de federale Staat bevoegd.²²

15. Tevens wordt een ‘materieel criterium’ gehanteerd in die zin dat de Staat, de gemeenschappen en gewesten ook bevoegd zijn om uitzonderingen inzake openbaarheid te bepalen op gronden die tot hun (materiële) bevoegdheid behoren. Die uitzonderingen gelden dan voor *alle* administratieve overheden.²³ Aldus is de federale wet van 5 augustus 2006 ‘betreffende de toegang van het publiek tot milieu-informatie’, krachtens artikel 4, § 2, ervan, ook van toepassing op andere instanties dan diegene waarvan de federale overheid de organisatie of werking regelt of die ervan afhangen *doch slechts* ‘in de mate dat deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheden behoren, de toegang tot milieu-informatie verbiedt of beperkt’. De federale wetgever kan immers zoals ieder van de onderscheiden wetgevers, binnen zijn materiële bevoegdheid uitzonderingsgronden op het recht van toegang tot bestuursdocumenten bepalen die gelden voor alle administratieve overheden, dus ook voor andere administratieve overheden dan die welke onder de bevoegdheid van de federale wetgever vallen. Die bevoegdheid kent als enige beperking dat de geformuleerde uitzonderingsgronden wel degelijk tot de materiële bevoegdheid van de betrokken overheden moeten behoren.²⁴ De verschillende regelingen van de federale overheid en de gemeenschappen en gewesten zouden aldus leiden tot een cumulatieve toepassing.²⁵

16. Recent, ten slotte, is er nog het arrest van het Grondwettelijk Hof nr. 169/2013 van 19 december 2013 en dit zowel op het vlak van de bevoegdheidsverdeling inzake de motivering van bestuurshandelingen als inzake de toegang tot bestuursdocumenten.

Met een decreet van 21 juni 2012 betreffende de invoer, uitvoer, doorvoer en overdracht van civiele wapens en van defensiegerelateerde producten (hierna: Waals decreet van 21 juni 2012) uitgevaardigd in het kader van de gewestelijke bevoegdheid betreffende de in-, uit- en doorvoer van wapens, munitie en speciaal voor militair gebruik of voor ordehandhaving dienstig materieel en daaraan verbonden technologie, alsmede van producten en technologieën voor tweërlei gebruik (artikel 6, § 1, VI, eerste lid, 4°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen), werden door het Waalse Gewest vier doelstellingen nagestreefd. Het decreet strekte ertoe de omzetting van Richtlijn 2009/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 ‘betreffende de vereenvoudiging van

22 J. Vanpraet, *De latente staatsvorming ...*, o.c., 2011, p. 258.

23 Parl.St., Kamer, 1992-1993, nr. 839/I, p. 4 en 5 en nr. 839/4, p. 2.

24 Zie hierover F. Schram, *De federale wet van 5 augustus 2006 betreffende de toegang van het publiek tot milieuinformatie: ook voor lokale besturen van belang*, T. Gem 2007/I, p. 56-62, inz. p. 58-59; D. Déom, T. Dubois en L. Gallez, *Les exceptions au droit d'accès ...*, o.c., 2008, p. 171-425, inz. p. 180-214 en J. Vanpraet, *De latente staatsvorming ...*, o.c., 2011, p. 256-258; zie eveneens de door deze auteurs aangehaalde adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State en arresten van het Grondwettelijk Hof.

25 J. Vanpraet, *De latente staatsvorming ...*, o.c., 2011, p. 258.

de voorwaarden voor de overdracht van defensiegerelateerde producten binnen de Gemeenschap' te verzekeren, aan de 'Adviescommissie over de vergunningen voor wapenuitvoer' een officieel bestaan te geven, een geheel van procedures te bepalen teneinde aan bestaande praktijken een juridisch bestaan te geven en, ten slotte, 'te herinneren aan een strikt beginsel, namelijk dat van de vertrouwelijkheid bij de behandeling van de dossiers'.²⁶ Wat die laatste doelstelling betreft, werd in de parlementaire voorbereiding van het decreet verduidelijkt dat daarmee werd beoogd tegemoet te komen aan een vraag van de wapenindustrie om *de meest strikte vertrouwelijkheid te garanderen* door de waarborgen te versterken die reeds bestonden inzake mensenrechten, waarbij de veiligheid wordt vergroot voor de ondernemingen, die niet in een positie van onverantwoorde verminderde concurrentie kunnen worden geplaatst. Om dit mogelijk te maken bepaalde het decreet dat de certificaten en vergunningen bedoeld in dit decreet 'niet gelijk staan met administratieve handelingen in de zin en voor de toepassing van het decreet van 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur' noch kunnen worden beschouwd als 'administratieve handelingen in de zin en voor de toepassing van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen'. Ook de adviezen van de Adviescommissie over de vergunningen voor wapenuitvoer staan niet gelijk met administratieve handelingen in de zin en voor de toepassing van het decreet van 30 maart 1995 'betreffende de openbaarheid van bestuur'. Deze documenten mochten, naar de wil van het Waalse Parlement, zodoende nog uitsluitend aan de Regering worden meegedeeld.

17. Wat de motiveringsplicht betreft, oordeelt het Grondwettelijk Hof in zijn arrest nr. 169/2013 dat de artikelen 1 tot 3 van de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen' de verplichting de bestuurshandelingen met individuele strekking uitdrukkelijk te motiveren, veralgemenen. De uitdrukkelijke motivering van de betrokken handelingen is voortaan een recht van de bestuurde, aan wie aldus een bijkomende waarborg wordt geboden tegen bestuurshandelingen met individuele strekking die willekeurig zouden zijn. De uitdrukkelijke motivering, die van dien aard is dat zij het jurisdictioneel toezicht op de bestuurshandelingen, verankerd in de artikelen 159 en 161 van de Grondwet, kan versterken, behoort niet tot een aan de gemeenschappen of gewesten toegewezen aangelegenheid. Krachtens zijn residuaire bevoegdheid heeft de federale wetgever de verplichting tot uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen geregeld teneinde de bescherming van de bestuurde te verzekeren ten aanzien van handelingen die van alle administratieve overheden uitgaan. De gewest- of gemeenschapswetgevers, zo oordeelt het Hof, kunnen de bij de wet van 29 juli 1991 geboden bescherming aanvullen of preciseren met betrekking tot de handelingen waarvoor de gemeenschappen en de gewesten bevoegd zijn. Daarentegen zou een gemeenschaps- of gewestwetgever, zonder de federale bevoegdheid ter zake te schenden, niet vermogen de bescherming die door de federale wetgeving aan de

²⁶ Parl. St., Waals Parlement, 2011-2012, nr. 614/1, p. 3.

bestuurden wordt geboden, te *verminderen* door de overheden die optreden in de aanlegenheden waarvoor hij bevoegd is, vrij te stellen van de toepassing van die wet of door die overheden toe te staan daarvan af te wijken. Het Grondwettelijk Hof oordeelt dan ook dat in de mate dat het decreet betrekking heeft op bestuurshandelingen met individuele strekking deze in principe onderworpen zijn aan de algemene verplichting tot uitdrukkelijke motivering bepaald in de wet van 29 juli 1991. Door de verplichting tot uitdrukkelijke motivering vastgesteld bij de wet van 29 juli 1991 'betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen' op te heffen voor de certificaten en vergunningen met individuele strekking doet het Waals decreet dan ook afbreuk aan het recht van de adreessaat van de handeling, maar eveneens van iedere belanghebbende derde, om onmiddellijk kennis te nemen van de motieven die de beslissing verantwoorden door die in de handeling zelf aan te geven. De decretale bepaling waarbij het gewest van die verplichting afwijkt, doet bijgevolg ook afbreuk aan de federale bevoegdheid inzake de bescherming van de rechten van de bestuurden. Op het argument van de Waalse gewestregering dat de eventuele inbreuk op de bevoegdheid van de federale wetgever wordt verantwoord door de impliciete bevoegdheden overeenkomstig artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 'tot hervorming der instellingen' (hierna BWHI) wanneer de gewestwetgever de invoer, uitvoer en overdracht van wapens regelt, repliceert het Hof dat opdat artikel 10 BWHI van toepassing kan zijn, vereist is dat de aangenomen regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest, dat de aangelegenheid zich leent tot een *gedifferentieerde regeling* en dat de weerslag van de bestreden bepalingen op de aangelegenheid slechts *marginiaal* is. Het Grondwettelijk Hof besluit dat aangezien artikel 4 van de wet van 29 juli 1991 bepaalt dat de verplichting tot motivering niet geldt wanneer de motivering van de handeling 'de uitwendige veiligheid van de Staat in het gedrang kan brengen', 'de openbare orde kan verstoren', 'afbreuk kan doen aan de eerbied voor het privéleven' of 'afbreuk kan doen aan de bepalingen inzake de zwijgplicht', de aantasting in dit geval van de federale bevoegdheid inzake de bescherming van de rechten van de bestuurden niet noodzakelijk is voor de uitoefening van de gewestbevoegdheid inzake de invoer, uitvoer en doorvoer van wapens. Bovendien meent het Hof dat de aantasting van de federale bevoegdheid inzake de bescherming van de rechten van de bestuurden al evenmin *marginiaal* is aangezien die erop neerkomt alle aanvragers van de geviseerde vergunningen en certificaten, alsook alle derden-belanghebbenden bij die vergunningen en certificaten, die vallen onder de betrokken regeling, uit te sluiten van het recht om kennis te kunnen nemen van de motieven van een administratieve beslissing in de handeling zelf. Aangezien al aan minstens twee voorwaarden voor de uitoefening van de impliciete bevoegdheden niet is voldaan, besloot het Grondwettelijk Hof dat de bestreden decretale bepaling derhalve dient te worden vernietigd.

18. Wat de *ontstentenis van de openbaarheid* betreft van de certificaten en van de vergunningen (of zij nu algemeen dan wel individueel van aard zijn), alsook van de adviezen van de Adviescommissie over de vergunningen voor wapenuitvoer, verwijst het Hof, minstens impliciet, naar de (principiële) bevoegdheid van een gewestoverheid om,

op grond van het *organiek criterium*, op algemene wijze de openbaarheid van bestuur te regelen.

Vervolgens gaat het Grondwettelijk Hof over tot een inhoudelijke beoordeling van het bestreden decreet dat voor een welbepaalde categorie van documenten in een specifieke, zij het algemeen geldende, uitzondering voorziet.

Het Grondwettelijk Hof brengt in herinnering dat krachtens artikel 32 van de Grondwet elk bestuursdocument in de regel openbaar is. 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. Die uitzonderingen moeten worden verantwoord en beperkend geïnterpreteerd. Vervolgens wijst het Hof erop dat door het mogelijk te maken dat *een* wetgever kan bepalen in welke gevallen en onder welke voorwaarden kan worden afgeweken van het beginsel van de administratieve transparantie, de grondwetgever niet heeft uitgesloten dat de toegang tot bepaalde documenten door de ter zake bevoegde wetgever aan voorwaarden wordt gekoppeld of wordt beperkt, voor zover die beperkingen *redelijk* verantwoord zijn en geen onevenredige gevolgen met zich meebrengen (proportionaliteitsbeginsel).

In dat opzicht onderstreept het Hof nog dat (ook) de administratieve transparantie bijdraagt tot het *daadwerkelijke karakter van de uitoefening van het recht van beroep van de bestuurden voor de Raad van State of voor de justitiële gerechten*. Een van de nuttige gevolgen van het recht op openbaarheid bestaat er inderdaad in de personen die van plan zijn een beroep in te stellen tegen een bestuurshandeling in staat te stellen om kennis te nemen van het dossier en het beroep met kennis van zaken in te stellen. Dit doel kan niet worden bereikt indien de bestuursonderhorigen eerst kennis kunnen nemen van het dossier of bestuursdocumenten nadat ze de rechter hebben geadieerd.²⁷

Het Hof wijst erop dat het Waalse Gewest met het decreet van 30 maart 1995 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ de openbaarheid van de administratieve documenten in het Waalse Gewest op een *algemene wijze* regelt. Immers in artikel 1, tweede lid, 2°, van dat decreet wordt het begrip ‘bestuursdocument’ gedefinieerd; in de artikelen 4 en 5 ervan wordt het principiële recht geregeld om een bestuursdocument te raadplegen, er een afschrift van te ontvangen en erover uitleg te verkrijgen; in artikel 6, § 1, worden een aantal uitzonderingen op die principiële openbaarheid voorzien, met name dat de betrokken gewestelijke en niet-gewestelijke administratieve overheid de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument dient af te wijzen wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van (1) de veiligheid van de bevolking, (2) de fundamentele rechten en vrijheden van de bestuurden, (3) de openbare orde, (4) de opsporing of vervolging van strafbare feiten, (5) de internationale betrekkingen van het Gewest en (6) een gewestelijk economisch of financieel belang en waarbij, ten slotte, in artikel 8 een beroepsprocedure wordt uitgewerkt met een commissie met adviesbevoegdheid en met de mogelijkheid om beroep in

27 Zie ook R.v.St., Goormachtigh e.a., nr. 125.226 van 7 november 2003.

te stellen bij de Raad van State. Door echter met het bestreden (specifieke) decreet te bepalen dat de betrokken certificaten en vergunningen, evenals de adviezen van de Adviescommissie *geen* bestuurshandelingen vormen in de zin en voor de toepassing van het Waalse decreet van 30 maart 1995, voert het decreet van 21 juni 2012 een algemene – zij het sectorale – uitzondering in op het fundamenteel recht dat is gewaarborgd bij artikel 32 van de Grondwet. Het daaruit voortvloeiende *verschil in behandeling* tussen de personen die willen kennisnemen van de in de bestreden bepalingen bedoelde documenten, die automatisch van dat recht zijn uitgesloten, en de personen die willen kennisnemen van andere bestuursdocumenten die de bij het Waalse decreet van 30 maart 1995 ingevoerde procedure genieten, kan alleen een toetsing aan de artikelen 10 en 11 van de Grondwet doorstaan wanneer het berust op een objectief criterium en redelijk verantwoord is. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het nagestreefde doel.

19. Vooreerst, de certificaten en vergunningen die bestuurshandelingen met individuele strekking zijn, vallen in beginsel onder de bij artikel 32 van de Grondwet geboden bescherming. Wanneer de Grondwetgever artikel 32 van de Grondwet heeft aangenomen, is onderstreept dat de uitzonderingen op dat recht in beginsel een onderzoek geval per geval van de verschillende aanwezige belangen vereisen: ‘telkens [moet] in concreto het belang van de openbaarmaking [...] worden afgewogen tegen het belang beschermd door een uitzonderingsgrond’. De door het Waalse Gewest aangebrachte verantwoording dat de ingevoerde regeling van de vertrouwelijkheid is ingegeven door de zorg om de veiligheid en door het feit dat die documenten gevoelige informatie bevatten inzake economische concurrentie of internationale betrekkingen, volstaat niet. Immers, in de veronderstelling dat die documenten in sommige gevallen gevoelige informatie kunnen bevatten, toont de Waalse Regering niet aan dat de uitzonderingen en de procedure ingevoerd bij het Waalse decreet van 30 maart 1995 ontoereikend zouden zijn om de vertrouwelijkheid van dergelijke informatie te waarborgen. Artikel 6 van het Waalse decreet van 30 maart 1995 voorziet reeds in verschillende uitzonderingen op het recht van toegang, met name rekening houdend met de internationale betrekkingen van het Gewest (5°) of een gewestelijk economisch of financieel belang (6°) zij het dat de toepassing van die ‘uitzonderingsgronden’ een concrete beoordeling van de aanvraag vereist waarbij de Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten waakt over de naleving van die uitzonderingen, onder het eventuele toezicht van de Raad van State. Bovendien mogen met toepassing van het Waalse decreet van 30 maart 1995 verkregen bestuursdocumenten ‘niet verspreid noch gebruikt worden voor commerciële doeleinden’ zodat iedere persoon die dat verbod schendt, hiervoor verantwoordelijk zou kunnen worden gesteld.

Het nagestreefde doel inzake veiligheid kon dus worden bereikt door gebruik te maken van de bij het Waalse decreet van 30 maart 1995 geregelde procedure. Door een algemene en absolute uitzondering in te voeren op het recht op administratieve transparantie voor alle geviseerde certificaten en vergunningen, heeft de decreetgever een maatregel genomen die niet evenredig is met het nagestreefde doel.

20. Wat betreft het streven om ook de adviezen van de Adviescommissie te onttrekken aan de bij het Waalse decreet van 30 maart 1995 geregelde openbaarheid door erin te voorzien dat die adviezen niet kunnen worden meegedeeld aan een andere overheid dan de Waalse Regering, beletten de bestreden bepalingen van het decreet van 21 juni 2012 iedere persoon of elke andere overheid dan de Waalse Regering om kennis te nemen van die adviezen. Hoewel die adviezen met betrekking tot de toekenning van vergunningen voor de uitvoer van wapens niet als dusdanig voor beroep vatbare bestuurshandelingen zijn, vormen zij niettemin handelingen ter voorbereiding van de aanneming van individuele beslissingen met betrekking tot de aanvragen voor vergunningen voor de uitvoer van wapens. Die elementen vallen niet alleen in beginsel onder het recht op administratieve transparantie, maar kunnen bovendien informatie vormen die het de betrokkene mogelijk maakt om, met kennis van zaken, een beroep in te stellen tegen de bestuurshandelingen met individuele strekking die de beslissingen betreffende de aanvragen voor vergunningen voor de uitvoer van wapens zijn. In de veronderstelling dat die adviezen gevoelige informatie bevatten, toont de Waalse Regering naar het oordeel van het Grondwettelijk Hof niet aan dat de uitzonderingen en de procedure ingevoerd bij het Waalse decreet van 30 maart 1995 ontoereikend zouden zijn om de vertrouwelijkheid van dergelijke informatie te waarborgen wanneer die is opgenomen in de adviezen van de Adviescommissie over de vergunningen voor wapenuitvoer. Immers, artikel 6 van het Waalse decreet van 30 maart 1995 voorziet in verschillende uitzonderingen op het recht van toegang, met name rekening houdend met de internationale betrekkingen van het Gewest (5°) of een gewestelijk economisch of financieel belang (6°). Ook hier vereist de toepassing van die ‘uitzonderingsgronden’ een concrete beoordeling van de aanvraag, waarbij de Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten waakt over de naleving van die uitzonderingen, onder het eventuele toezicht van de Raad van State. Daarenboven dient bij het onderzoek van de in artikel 6 van het Waalse decreet van 30 maart 1995 bedoelde uitzonderingen rekening te worden gehouden met de vertrouwelijkheid waarin is voorzien in de bepalingen van het Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB van de Raad van 8 december 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie.

21. Voorts, op het argument van de Waalse Regering dat adviezen van de Adviescommissie steunen op informatie die is geclassificeerd in de zin van de federale wet van 11 december 1998 ‘betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’, antwoordt het Grondwettelijk Hof dat de classificatie de informatie, documenten of gegevens, materieel, materialen of stoffen, in welke vorm ook, betreft waarvan de niet-geëigende aanwending schade kan toebrengen aan een van de belangen opgesomd in artikel 3 van de voormelde wet van 11 december 1998. Het niveau van classificatie – zeer geheim, geheim of vertrouwelijk (artikel 4) – wordt bepaald volgens de inhoud (artikel 5). Dit betekent dat wanneer sommige adviezen van de Adviescommissie steunen op geclassificeerde documenten, de nagestreefde doelstelling van vertrouwelijkheid kan worden bereikt door (wederom) gebruik te maken van de *procedure* bepaald bij het Waalse decreet van 30 maart 1995; bij die beoordeling dient de federale wet te worden

betrokken, net zoals internationale teksten kunnen worden betrokken bij de beoordeling of documenten al dan niet openbaar dienen te worden gemaakt. Zo wijst het Grondwettelijk Hof erop dat bij het onderzoek van de in artikel 6 van het Waalse decreet van 30 maart 1995 bedoelde uitzonderingen rekening is te houden met de vertrouwelijkheid waarin is voorzien in de bepalingen van het Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB van de Raad van 8 december 2008 tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie.

Door echter een algemene en absolute uitzondering op het recht op administratieve transparantie in te voeren voor alle adviezen van de Adviescommissie en te voorzien in de absolute vertrouwelijkheid ervan, zonder te kunnen worden meegedeeld aan een andere overheid dan de Waalse Regering, heeft de decreetgever een maatregel genomen die niet evenredig is met het nagestreefde doel.

22. Tot slot meent het Hof dat de bestreden maatregel de mogelijkheden van jurisdictioneel beroep tegen de individuele beslissingen met betrekking tot vergunningen voor de uitvoer van wapens beperkt. Zelfs in de veronderstelling dat de wijziging van de tekst van het voorontwerp toestaat dat de adviezen van de Adviescommissie worden meegedeeld in het administratief dossier in geval van een beroep voor de Raad van State of voor een justitieel gerecht wijzigt die omstandigheid die conclusie niet, aangezien die mededeling na het beroep het niet mogelijk maakt om, met kennis van zaken, aangepaste beroepen in te stellen tegen de individuele beslissingen met betrekking tot de vergunningen voor de uitvoer van wapens. Ook deze beperkingen inzake toegang tot bestuursdocumenten, zo oordeelt het Grondwettelijk Hof, dienen derhalve te worden vernietigd.

IV De toepasselijke regelgeving inzake openbaarheid van bestuur

23. Zoals reeds kan worden vermoed op grond van hetgeen voorafgaat met betrekking tot de bevoegdheidsverdeling inzake openbaarheid van bestuur, kent België een grote hoeveelheid regelgeving in dat verband. Zowel op het federale als het gemeenschaps- en gewestniveau zijn er algemene openbaarheidswetten (en hun uitvoeringsbesluiten) inzake (actieve en passieve) openbaarheid van bestuur in het algemeen, inzake milieu-informatie, inzake hergebruik van overheidsinformatie, evenals specifieke (sectorale) regelingen die veelal restricties of afwijkingen van de ‘algemene’ openbaarheidsregelingen bevatten in een (min of meer) specifiek deel-domein van het bestuur.²⁸ Het zou ons te ver leiden om al die regelingen te bespreken of zelfs op te sommen en we zullen ons dan ook, merendeel, beperken tot de

28 Voor een overzicht en bespreking: zie P. Lewalle, L. Donnay en G. Rosoux, *L'accès au documents administratifs, un itinéraire sinueux*, in: *L'accès aux documents administratifs*, o.c., 2008, p. 27-170, inz. p. 70 e.v.; voor een opsomming zie A. Mast, J. Dujardin, J. Vande Lanotte en M. Van Damme, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, o.c., 2012, p. 804-805, voetnoten 72 en 73.

algemene openbaarheidswetten op het federale en het Vlaamse bestuursniveau. Specifieke federale, gemeenschaps- of gewestregelingen zoals het hiervoor besproken Waalse decreet inzake wapenuitvoer of in andere deeldomeinen van het recht (auteursrecht, archiefwet, classificatieregelingen, overheidsopdrachten, patiëntenrechten, e.d.m.) komen in beginsel (in het geheel niet) niet aan bod. Ook de (federale en deelstatelijke) regelingen inzake milieu-informatie die nochtans worden aangezien als ‘algemene regelingen’ komen niet of slechts heel sporadisch ter sprake.

24. Louter ter illustratie kan, wat *specifieke* wettelijke regelingen betreft, worden gewezen op de van de algemene regeling afwijkende regeling zoals vervat in de wet van 22 februari 1998 tot ‘vaststelling van het organiek statuut van de Nationale Bank van België’ waarvan artikel 36/43 bepaalt dat de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ niet van toepassing is op de Nationale Bank in het kader van haar opdracht om bij te dragen tot de stabiliteit van het financiële stelsel, noch op de nationale autoriteiten in het kader van de tenuitvoerlegging van de aanbevelingen van de Nationale Bank in het kader van die opdracht.

Een ander voorbeeld van een specifieke regeling wordt geboden door de wet van 17 januari 2003 ‘met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’ waarin in een specifieke regeling is voorzien wat de vertrouwelijkheidsbescherming van sommige bestuursdocumenten betreft. Artikel 23, § 3 ervan bepaalt dat de regulator, namelijk het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (BIPT), zorgdraagt voor het bewaren van de vertrouwelijkheid van de gegevens die door bedrijven worden verstrekt en die door het bedrijf als vertrouwelijke ondernemings- en fabricagegegevens worden beschouwd in de zin van artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’. Wanneer een onderneming een document overhandigt dat door haar als vertrouwelijk beschouwde gegevens bevat, overhandigt zij tegelijkertijd een niet-vertrouwelijke versie van dit document aan de regulator. Wanneer het vertrouwelijke karakter van de gegevens die verstrekt worden door de onderneming, of van bepaalde van die gegevens, twijfelachtig lijkt, verzoekt het Instituut de onderneming uit te leggen om welke redenen volgens haar de betrokken informatie als vertrouwelijk moet worden beschouwd in de zin van artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’. Indien de onderneming nalaat de gevraagde motivering te verstrekken, of wanneer de onderneming de informatie waarvan sprake als vertrouwelijk beschouwt in de zin van artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994, mag het Instituut die informatie, op gemotiveerde wijze en nadat het de betrokken onderneming gehoord heeft, verspreiden, ‘op voorwaarde dat die informatie niet vertrouwelijk is uit de aard van de zaak of krachtens de wet’.

25. Op het federale bestuursniveau worden de volgende openbaarheidswetten beschouwd als algemene wetten met een, als het ware, ‘algemeen verruimd toepassingsgebied’ ten aanzien van alle betrokken (overheids)instanties: de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’, de wet van 5 augustus 2006 ‘betreffende de toegang van het publiek tot milieu-informatie’, de wet van 7 maart 2007 ‘tot omzetting van de richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de

Raad van 17 november 2003 inzake het hergebruik van overheidsinformatie' en de wet van 15 december 2011 'tot omzetting van de Richtlijn 2007/2/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2007 tot oprichting van een infrastructuur voor ruimtelijke informatie in de Gemeenschap (INSPIRE)'.

26. Op het Vlaamse bestuursniveau is er (voor het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap) het decreet van het Vlaams Parlement van 26 maart 2004 'betreffende de openbaarheid van bestuur' (het decreet bevat ook de regeling inzake milieu-informatie), het decreet van 20 februari 2009 'betreffende de Geografische Data-infrastructuur Vlaanderen' en het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 'tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en het hergebruik van overheidsinformatie'.

Voor alle duidelijkheid, ook op dit deelstatelijke bestuursniveau zijn er specifieke regelingen in verband met bepaalde aspecten van de openbaarheid van bestuur en bekendmaking van milieu-informatie die hetzij verwijzen naar de algemene decreten, hetzij ervan afwijken bijvoorbeeld door bepaalde documenten, bij wijze van abstract en als regel geformuleerde uitzondering, aan een hiervoor bedoelde 'algemene' regeling te onttrekken. Ter illustratie kan worden gewezen op artikel 13 van het decreet van 22 november 2013 'betreffende deugdelijk bestuur in de Vlaamse publieke sector' waarin wordt bepaald dat,

'met behoud van de toepassing van de verplichtingen bepaald bij of krachtens een wet of decreet, de regeringscommissaris belast met het bestuurlijk toezicht op een overheidsinstelling inlichtingen waarvan hij in het kader van zijn opdrachten kennis gekregen heeft, niet mag gebruiken of verspreiden, als het gebruik of de verspreiding van aard is om de belangen van de entiteit schade te berokkenen'.

Voorts wordt in datzelfde artikel nog bepaald dat in toepassing van de uitzonderingsgronden in het decreet openbaarheid van bestuur van 26 maart 2004 de briefwisseling tussen de regeringscommissaris en de minister die hem heeft voorgedragen voor aanstelling door de Vlaamse Regering als vertrouwelijk wordt beschouwd.

Het verdient allicht aanbeveling deze specifieke regelingen en dat geldt niet enkel voor deze op het niveau van de deelstaten – te gelegener tijd nogmaals te onderzoeken in het licht van het hiervoor vermelde arrest nr. 169/2013 van het Grondwettelijk Hof.

V Het toepassingsgebied *ratione personae* van de algemene regelingen

27. De wet van 11 april 1994 'betreffende de openbaarheid van bestuur' is krachtens artikel 1 ervan, integraal van toepassing op de federale administratieve overheden maar ook op de administratieve overheden 'andere dan de federale administratieve overheden' doch slechts in de mate dat deze wet op gronden die tot de

federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt’.

Concreet houdt zulks in dat de wet ook geldt voor administratieve overheden van het gemeenschaps-, gewestelijk, provinciaal en gemeentelijk niveau voor wat de uitzonderingen betreft die in artikel 6, § 1 en 2 van de wet zijn opgesomd (over die uitzonderingen: zie *infra*). Met de wet van 11 april 1994 – net zoals de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’ dat doet – is ervoor geopteerd om met het oog op het toepassingsgebied ervan, te verwijzen naar het begrip ‘administratieve overheid’, zijnde een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (R.v.St.-wet). De verwijzing naar dat begrip houdt in dat de federale openbaarheidswet niet geldt voor overheden die behoren tot de wetgevende of de rechterlijke macht. Weliswaar is de bevoegdheid van de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak later bij wet uitdrukkelijk uitgebreid tot, bijvoorbeeld,

‘administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblées, van het Rekenhof, van het Grondwettelijk Hof, de Raad van State, de administratieve rechtscolleges, de organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad van de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel’,

maar dat brengt die overheden die (blijven) behoren tot de wetgevende of de rechterlijke macht nog niet, *qualitate qua*, onder het begrip ‘administratieve overheden’.

28. De overheden die wel aan de federale wet inzake openbaarheid van bestuur onderworpen zijn, zijn de overheden die beantwoorden aan het vermelde begrip ‘administratieve overheid’ zoals bedoeld in artikel 14 R.v.St.-wet, begrip dat bij uitstek evolutief van aard is hetgeen, zoals hierna zal blijken, een ‘zekere mate van onzekerheid’ meebrengt. Immers, noch uit die wet, noch uit de parlementaire voorbereiding ervan blijkt wat precies dient te worden verstaan onder het begrip. Het zijn de rechtsleer en de (gecombineerde) rechtspraak van de Raad van State en het Hof van Cassatie; dat laatste Hof is immers belast met het beslechten van de zgn. ‘conflicten van attributie’,²⁹ die aan het begrip nadere invulling geven.

Aanvankelijk werd aan het begrip een ‘organieke invulling’ verleend in die zin dat :

‘het karakter van administratieve overheden ... bezitten, de niet onder de rechterlijke of onder de wetgevende macht ressorterende instellingen of lichamen die door een openbare macht zijn

29 Krachtens artikel 158 van de Grondwet is het Hof van Cassatie belast met het beslechten van de conflicten van attributie. In het kader daarvan heeft het het laatste woord over de rechtsmacht van de Raad van State. Het Hof gaat in dat kader niet alleen na welke geschillen onder het objectief en welke onder het subjectief contentieux vallen maar oefent tevens toezicht uit op de invulling van het begrip ‘administratieve overheid’ in het raam van het beroep wegens machtsoverschrijding.

opgericht om in een openbare dienst of in een dienst van openbaar nut te voorzien, waarvan die macht de organisatie regelt en de werkwijze of de statuten bepaalt en kan wijzigen, en waaraan de bevoegdheid is opgedragen om beslissingen vast te stellen die uitwerking hebben t.a.v. derden.³⁰

De Koning,³¹ ministers, staatssecretarissen, een regeringscommissaris³² (ook bij een vrije universitaire instelling)³³ zijn dergelijke administratieve overheden, net zoals ambtenaren en commissies waaraan een beslissingsbevoegdheid is gedelegeerd. Hetzelfde geldt voor in het kader van de territoriale en dienstgewijze decentralisatie ingerichte besturen met publiekrechtelijk karakter (en hun organen) zoals de provinciale en (inter)gemeentelijke besturen alsook de typische (federale en deelstatelijke) publiekrechtelijke instellingen zoals het BIPT, de RVA, de VDAB, de VVM-De Lijn, enzovoort. Voorts zijn de door de wet ingestelde (publiekrechtelijke) beroepsorden in de regel (doch niet steeds) als administratieve overheden getypeerd.³⁴ Deze klassieke organieke publiekrechtelijke rechtspersonen zijn, zo stellen De Somer, Lambrecht en Verbeeck het gevat, 'bestuur in de uitoefening van al hun taken zodat hun eenzijdige rechtshandelingen in principe steeds vatbaar zijn voor beroep bij de Raad van State'.³⁵

29. Economische overheidsbedrijven zoals Belgacom en De Post die met toepassing van de wet van 21 maart 1991 'betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven', door de (federale) Staat worden opgericht zijn ook (zij het soms ietwat hybride) 'publiekrechtelijk vormgegeven' (het gaat om 'nv's van publiek recht' waarop de regels van het Wetboek vennootschappen slechts subsidiair van toepassing zijn), doch worden niettemin slechts als een administratieve overheid beschouwd voor zover het gaat om beslissingen die kaderen in hun taak van openbare dienst waarmee zij door of krachtens de wet zijn belast en dus niet wanneer zij zuiver commerciële activiteiten verrichten.³⁶ De Raad van State verduidelijkte in dat verband dat de Nationale Loterij een nv van publiek recht is die valt te beschouwen als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, R.v.ST.-wet, wanneer zij beslissingen neemt die kaderen in de opdracht van openbare dienst waarmee ze is belast. Is dat het geval dan is het criterium van de bevoegdheid om ten aanzien van derden eenzijdig bindende beslissingen te nemen, zo verduidelijkte de Raad van State, 'niet

30 Procureur-generaal Hayoit de Termicourt in zijn conclusie bij Cass., 27 november 1957, Arr. Cass., p. 190.

31 Behoudens wanneer Hij optreedt als een tak van de wetgevende macht.

32 Een regeringscommissaris is overigens ook een 'bestuursinstantie' in de zin van het Vlaamse openbaarheidsdecreet hetgeen allicht verklaart waarom is voorzien in een uitzondering op openbaarheid wat betreft de briefwisseling tussen hem en de minister voor wie hij het toezicht uitoefent (zie randnummer 26 supra).

33 R.v.St., Verschoren, nr. 110.938 van 3 oktober 2002.

34 Zie A. Mast e.a., o.c., 2012, p. 1128 en de aldaar aangehaalde referenties.

35 Zie hierover S. De Somer, S. Lambrecht en V. Verbeeck, De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's, TBP 2011, p. 4-33, inz. p. 9.

36 R.v.St. 10 maart 2003, nr. 116.818, R.W., 2003-2004, 540.

dienstig'.³⁷ Eenzelfde redenering moet gelden voor soortgelijke bij decreet of ordonantie opgerichte (economische) overheidsbedrijven zoals de VRT.³⁸

30. Voornamelijk echter rond *privaatrechtelijke rechtspersonen* die op een of andere wijze een (nauwe) band met de overheid hebben, rees heel wat discussie en waren de opvattingen niet steeds gelijk gestemd. Zonder dat hier op deze problematiek omstandig kan worden ingegaan, kan op basis van het arrest Meulenijzer,³⁹ wat rechtspersonen in private rechtsvorm betreft, de situatie als volgt worden samengevat. Rechtspersonen in private rechtsvorm die *niet* door een administratieve overheid zijn opgericht, kunnen toch als administratieve overheid worden beschouwd wanneer zij (1) door een overheid erkend zijn, (2) de werking ervan door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en (3) de instellingen beslissingen kan nemen die derden binden.⁴⁰ In dat geval strekt de bevoegdheid van de Raad van State zich uit over handelingen waarbij deze instellingen een deel van het openbaar gezag (*imperium*) uitoefenen. Lust en Steen wijzen erop dat het bestaan voor een organieke band niet langer vereist lijkt te zijn doch dat de eerste en tweede voorwaarde nog steeds impliceren dat er sprake moet zijn van een 'formeel verband' tussen de door de private (rechts)personen opgerichte entiteit, enerzijds, en de overheid anderzijds.⁴¹ Ook een door een overheid of meerdere overheden (mede) opgerichte *privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersoon* zou *per hypothese* kunnen worden beschouwd als een administratieve overheid doch ook dan lijkt evenzeer aan de voorwaarde te moeten worden voldaan dat de betrokken entiteit beslissingen moet kunnen nemen die derden binden en dat haar hoedanigheid als 'administratieve overheid' beperkt blijft tot die gezagshandelingen.

31. Voorts kan nog worden verwezen naar een arrest van het Hof van Cassatie van 30 mei 2011 inzake het Vlaams Doping Tribunaal waarin het hoge rechtscollege stelt dat de instellingen *opgericht of erkend* door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, 'in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden'. En het Hof vervolgt :

'Een vereniging van privaatrechtelijke aard die, ook al is zij opgericht of erkend door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan de controle van de overheid, geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, heeft niet de aard van een administratieve overheid.'

37 R.v.st. 11 oktober 2010, nr. 208.030.

38 R.v.St. 4 mei 2001, nr. 95.165.

39 Cass. 6 september 2002, T. Gem. 2002, 307, noot S. Van Garsse.

40 Zie hierover S. De Somer, S. Lambrecht en V. Verbeeck, De toepasselijkheid van algemene publiekrechtelijke regelgeving en beginselen op autonome overheidsbedrijven, IVA's en EVA's, TBP 2011, p. 4-33, inz. p. 8.

41 S. Lust en B. Steen, Welles nietes over vrije onderwijsinstellingen, administratieve overheden en rechtsbescherming, TORB 2002-2003, afl. 4, p. 336.

Hiervoor doet niet ter zake dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd. Een instelling kan beslissingen nemen die derden binden indien zij de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig kan bepalen of verplichtingen van die anderen eenzijdig kan vaststellen.'

Dat bleek in *casu* niet het geval te zijn omdat het Hof van Cassatie oordeelde dat uit het geheel van de ter zake relevante bepalingen van het decreet van 13 juli 2007 'inzake medisch en ethisch verantwoorde sportbeoefening' volgt dat de decreetgever niet zelf een jurisdictioneel orgaan heeft opgericht, maar wel met respect voor de vrijheid van vereniging een verplichting heeft opgelegd aan de sportverenigingen om te voorzien in een interne tuchtprocedure die aan bepaalde wettelijke voorwaarden moet voldoen. De decreetgever heeft aldus de bedoeling 'de procedure voor de tuchtrechtelijke bestraffing van dopingpraktijken voor elitesporters binnen de sfeer van de privaatrechtelijke betrekkingen tussen de sporter en zijn sportbond te brengen'. De interne tuchtbevoegdheid van het Vlaams Doping Tribunaal geldt enkel ten aanzien van de aangesloten elitesporters en moet derhalve worden begrepen als behorende tot de regels van de interne organisatie van de private rechtspersoon waarbij de elitesporter is aangesloten. De beslissing dat de Raad van State bevoegd is inzake het annulatieberoep van de verweerder tegen de beslissing van de disciplinaire commissie voor elitesporters van het Tribunaal, hoewel dat niet over de bevoegdheid beschikt om derden te binden, is dan ook niet naar recht verantwoord, zo oordeelde het Hof van Cassatie in het voormelde arrest.

Of een privaatrechtelijke entiteit die een min of meer nauwe band met de overheid heeft, nu al dan niet als een administratieve overheid kan worden beschouwd, zal dan ook geval per geval moeten worden onderzocht, rekening houdende met de vraag of zij al dan niet handelt binnen het kader van haar door of krachtens de wet toevertrouwde gezagshandelingen. Ultiem zal het eindoordeel daarover aan de rechter toekomen en leidt een dergelijke (overigens onzekere) 'geval per geval'-beoordeling – ironisch genoeg – alvast wat de vraag naar de toepasselijkheid van de wetgeving openbaarheid van bestuur betreft, niet tot de vereiste duidelijkheid en transparantie.

32. Toch moet worden vastgesteld dat de meeste wetgevers eenzelfde methode hebben gehanteerd om het personeel toepassingsgebied van de openbaarheidswetgeving te bepalen.

Ook de Vlaamse decreetgever deed dit aanvankelijk met het Vlaams decreet van 18 mei 1999 'betreffende de openbaarheid van bestuur' doch met de hervorming van de openbaarheidsregeling die heeft geleid tot het huidige decreet van 26 maart 2004 'betreffende de openbaarheid van bestuur' werd resoluut voor een andere – daarom nog niet meer rechtszekere – benadering gekozen. De Vlaamse decreetgever meende immers dat met de jurisprudentiële ontwikkelingen inzake het begrip 'administratieve overheid' dat begrip een te enge invulling zou krijgen om nog te kunnen worden gehanteerd om het toepassingsgebied *ratione personae* van

de openbaarheidsregelingen te bepalen omdat die regelingen net een ruim toepassingsgebied beogen.⁴²

33. Met artikel 3, 1° en 2°, van het Vlaamse decreet van 26 maart 2004 zijn dan ook de begrippen ‘bestuursinstantie’ en ‘milieu-instantie’ geïntroduceerd in de Vlaamse openbaarheidsregeling.

Een ‘bestuursinstantie’ is (a) een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie; (b) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of een groepering van rechtspersonen die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door (a) en, ten slotte, (c) een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon, een groepering van rechtspersonen voorzover zij door een bestuursinstantie in de zin van (a) zijn belast met de uitoefening van een taak van algemeen belang of voor zover zij een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden.

De gevallen (a) en (b) betreffen, elk, een parafrasering van het zgn. ‘organiek criterium’, terwijl (c) verwijst naar een (dubbel) functioneel criterium.

Wat de (organen en instellingen van de) rechterlijke macht betreft, moet worden opgemerkt dat deze voor de toepassing van de openbaarheidswetgeving buiten de definitie van ‘bestuursinstantie’ valt ‘behalve wanneer ze optreedt in een andere hoedanigheid dan de rechterlijke’. De wetgevende vergaderingen en de daaraan verbonden instellingen (zoals het Rekenhof bijvoorbeeld) vallen buiten de definitie, behalve inzake aangelegenheden met betrekking tot overheidsopdrachten en personeelsleden van hun diensten. Omgekeerd valt ook de uitvoerende macht buiten deze definitie ‘voor zover deze optreedt in een rechterlijke hoedanigheid’ waarbij dan valt te denken aan administratieve rechtscolleges.

34. Tot slot, en allicht in een poging om meer duidelijkheid te verschaffen, wordt in artikel 4 van het Vlaamse openbaarheidsdecreet een opsomming gegeven van de bestuursinstanties waarop het decreet van toepassing is. Artikel 4 wordt voorts nader toegelicht in een omzendbrief 2006/26 van 1 december 2006 ‘betreffende openbaarheid van bestuur’. Het gaat om de volgende bestuursinstanties: (1) het Vlaams Parlement en de eraan verbonden instellingen (voor aangelegenheden met betrekking tot overheidsopdrachten en personeelsleden van hun diensten), (2) de diensten, instellingen en rechtspersonen die afhangen van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest waarmee worden bedoeld het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, de Vlaamse wetenschappelijke instellingen en alle Vlaamse openbare instellingen, evenals alle nieuwe entiteiten die worden opgericht in het raam van het Kaderdecreet van 18 juli 2003 ‘betreffende bestuurlijk beleid’ (nieuwe ministeries,

42 Parl. St., Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1732/1, p. 3 en 9-10.

intern en extern verzelfstandigde agentschappen). Voorts worden gevisieerd (3) de gemeenten en districten, (4) de provincies, (5) alle mogelijke gemeentelijke en provinciale instellingen die in een openbare dienst voorzien (bijvoorbeeld: gemeentelijke VZW's, autonome gemeentebedrijven, gemeentescholen ...), (6) verenigingen van provincies en gemeenten (alle mogelijke samenwerkingsvormen zoals bepaald in het decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking), (7) de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, (8) de polders en wateringen, (9) de kerkfabrieken en instellingen die belast zijn met het beheer van de temporaliën van de erkende erediensten. Ten slotte, (10) is er nog een 'catch all'-bepaling, namelijk artikel 4, 10°, van het decreet van 26 maart 2004 dat 'alle andere instanties binnen het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap' aanwijst. In de omzendbrief wordt bij die bepaling onder meer als voorbeeld gegeven Aquafin, allerhande adviesorganen, fondsen, VZW's waarbij de Vlaamse Regering is toegetreden, onderwijsinstellingen, ... enzovoort.

35. Wat alvast de laatstvermelde onderwijsinstellingen betreft, blijkt de toestand echter (weerom) niet vrij van betwisting zoals kan worden afgeleid uit arrest nr. 221.641 van 6 december 2012 van de Raad van State. De Vlaamse Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie kwalificeerde de VZW Arteveldehogeschool, een (privaatrechtelijke) vrije gesubsidieerde onderwijsinstelling, als een bestuursinstantie in de zin van artikel 3, 1°, eerste lid, b), van het openbaarheidsdecreet. Dat is een rechtspersoon (of een groepering van rechtspersonen) die in zijn werking wordt bepaald en gecontroleerd door een bestuursinstantie in de zin van a),⁴³ van diezelfde bepaling. De Raad van State oordeelt in zijn arrest dat om binnen het raam van een organiek verband als rechtspersoon 'bepaald' te worden door de overheid, het niet volstaat dat haar werking aan voorschriften en voorwaarden is onderworpen, maar dat de overheidsinmenging in de betrokken rechtspersoon fundamenteel moet zijn:

*'Er anders over oordelen – een ruime invulling geven aan het begrip “in hun werking bepaald en gecontroleerd door de overheid” – maakt zowat iedere privaatrechtelijke instelling die een taak van algemeen belang uitoefent of behartigt, daarvoor erkend is of een subsidie ontvangt en in dat verband door de overheid wordt gecontroleerd, reeds tot een bestuursinstantie op grond van het organiek criterium. Van een dergelijke organieke verbondenheid met de overheid kan maar sprake zijn wanneer de betrokken rechtspersoon ingevolge de overheidsinmenging in de werking als het ware een verlengstuk van de overheid wordt.'*⁴⁴

Dat is met de Arteveldehogeschool niet het geval. Uit haar rechtsvorm en statuten blijkt immers dat haar werking wordt bepaald door privépersonen en niet door de overheid die zelfs niet deelneemt aan het bestuur ervan. Dat de instelling in

43 Dit is een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonantie wat de VZW Arteveldehogeschool evenmin is zodat deze rechtspersoon alvast ook niet als een bestuursinstantie in de zin van a) kan worden gekwalificeerd.

44 R.v.St., VZW Arteveldehogeschool, nr. 221.641 van 6 december 2012.

verregaande mate rekening moet houden met normatieve bepalingen inzake subsidiëring, kwaliteitsbewaking, en zo meer om als erkende onderwijsinstelling onderwijs te mogen aanbieden, doet daaraan niets af. Dat betekent echter nog niet dat deze rechtspersoon nooit een bestuursinstantie in de zin van het openbaarheidsdecreet kan zijn maar dan slechts in de zin van artikel 3, 1^o, eerste lid, c), ervan, namelijk omwille van het feit dat zij een taak van algemeen belang behartigt én beslissingen neemt die derden bindt.⁴⁵ Dat betekent dat zij enkel een bestuursinstantie is in die gevallen waarin ze binnen dat kader optreedt, dat wil zeggen inzake examen- en studievoortgangsbeslissingen en niet bijvoorbeeld inzake personeelsaangelegenheden of overheidsopdrachten.⁴⁶

36. Hoewel het niet de bedoeling is om in dit preadvies in te gaan op het specifieke domein van openbaarheid van overheidsinformatie in *milieuaangelegenheden*, blijft het, voor een goed begrip van het door de Vlaamse decreetgever nagestreefde doel om aan de openbaarheidsregelingen een zo ruim mogelijke toepassing te verlenen, interessant te vermelden hoe ook daar aandacht is besteed aan de omschrijving van het personeel toepassingsgebied van die regeling teneinde die ruime toegang te garanderen. Die ruime toegang is trouwens noodzakelijk om in het betrokken domein *burgerparticipatie* in de besluitvorming te kunnen garanderen.

Het specifieke begrip 'milieu-instantie' werd in de Belgische rechtsorde ingevoerd in uitvoering van het Verdrag van Aarhus 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'.

37. Artikel 3, 1^o van de federale wet van 5 augustus 2006 'betreffende de toegang van het publiek tot milieu-informatie' bepaalt dat voor de toepassing ervan onder het begrip 'milieu-instantie' wordt verstaan: (a) een rechtspersoon of een orgaan opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, een decreet of een regel bedoeld in artikel 134 van de Grondwet, (b) een natuurlijke of rechtspersoon die openbare bestuursfuncties uitoefent, met inbegrip van specifieke taken, activiteiten of diensten met betrekking tot leefmilieu en (c) een natuurlijke of rechtspersoon die onder toezicht van een orgaan of persoon als bedoeld onder (a) of (b) belast is met openbare verantwoordelijkheden of functies of openbare diensten met betrekking tot het milieu verleent. Organen en instellingen met een gerechtelijke bevoegdheid vallen niet onder deze definitie, tenzij ze optreden in een andere functie dan de rechterlijke. De wetgevende vergaderingen en de daaraan verbonden instellingen vallen buiten deze definitie, behalve wanneer zij optreden in een administratieve functie.

45 Het eerste functioneel criterium van artikel 3, 1^o, eerste lid, c), geldt evenmin aangezien een vrije onderwijsinstelling er door de overheid niet mee 'is belast' haar (vrij opgenomen) taak van algemeen belang uit te oefenen.

46 Zie R.v.St., VZW Arteveldehogeschool, nr. 221.641 van 6 december 2012, evenals R.v.St., Vrije Universiteit Brussel, nr. 218.666 van 27 maart 2012 en R.v.St., Veys, nr. 218.680 van 27 maart 2012.

Het Vlaams decreet van 26 maart 2004 bepaalt dat als een ‘milieu-instantie’ moet worden gekwalificeerd: (a) een bestuursinstantie (zie *supra*), (b) elke rechtspersoon, natuurlijke persoon of groepering ervan die onder toezicht staat van een bestuursinstantie, voor zover zij openbare verantwoordelijkheden of functies uitoefent of openbare diensten verleent met betrekking tot het milieu. Ook hier wordt in uitzonderingen voorzien waar het organen van de rechterlijke en wetgevende macht betreft, evenals wat betreft de uitvoerende macht in haar rechterlijke hoedanigheid: zij worden met name op dezelfde wijze uitgesloten van het begrip ‘milieu-instantie’ als bij het begrip ‘bestuursinstantie’ het geval is (cfr. *supra*).

Met deze bepalingen worden aldus drie categorieën van milieu-instanties geïdentificeerd, zijnde (1) de klassieke openbare overheden, inclusief openbare adviesorganen, op nationaal, regionaal of lokaal niveau, (2) de dienstgewijze gedecentraliseerde instellingen die onder overheidscontrole staan en dus ook de openbare overheidsbedrijven waarbij derhalve een organiek criterium wordt gehanteerd en, ten slotte, (3) diegene die belast is met openbare verantwoordelijkheden of functies of openbare diensten met betrekking tot het milieu ‘en onder toezicht van een overheid staan’ waarbij aan een functioneel criterium wordt gerefereerd. Bij die laatste groep kan worden gedacht aan een ruime groep instanties zoals (private) laboratoria, (private) exploitanten (door de overheid) belast met de verwerking van huishoudelijk afval, waterzuivering, enzovoort die er, zij het na een beroep op de mededinging, door de overheid mee werden belast om (onder haar toezicht) bepaalde taken van openbare dienst te verrichten, bijvoorbeeld binnen het kader van een concessie(overeenkomst).

VI *Het toepassingsgebied ratione materiae*

38. Zoals hoger al is gezegd, dient ook het begrip ‘bestuursdocument’ ruim te worden geïnterpreteerd. De grondwetgever gaf dat reeds zelf aan en de wettelijke regelingen in uitvoering daarvan geven daaraan dan ook gevolg.

Zo bepaalt artikel 1, 2° van de federale openbaarheidswet van 11 april 1994 dat onder het begrip ‘bestuursdocument’ moet worden verstaan ‘alle informatie, in welke vorm ook, waarover een administratieve overheid beschikt’. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat heeft geleid tot de wet van 11 april 1994 wordt gesteld dat het gaat om

‘alle beschikbare informatie, welke ook de informatiedrager is: schriftelijke stukken, geluids- en beeldopnamen met inbegrip van de gegevens vervaardigd in geautomatiseerde informatieverwerking. Verslagen, studies, zelfs van niet-ambtelijke adviescommissies, sommige notulen en processen-verbaal, statistieken, administratieve richtlijnen, omzendbrieven, contracten en vergunningen, registers van openbaar onderzoek, examenkohieren, films, foto’s’, enzovoort.’⁴⁷

47 Parl. St., Kamer, 1992-1993, nr. 1112/I, p. 11-12.

39. Enkele illustraties. Zowel eindbeslissingen als voorbereidende documenten, zoals (voorafgaande) adviezen, verslagen, enzovoort vallen onder het begrip en zijn in beginsel openbaar (ook wanneer de eindbeslissing nog niet is genomen), behoudens het geval waarin een uitzonderingsgrond kan of moet (zie uitgebreider *infra*) worden toegepast.⁴⁸ Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor notulen van collegiale organen van (federale) administratieve overheden. Dergelijke documenten zijn bestuursdocumenten en zijn dus niet ‘*per se*’ uitgesloten wanneer zij individuele opinies weergeven en een voorbereidend karakter hebben wat niet belet dat, in voorkomend geval, een beroep kan of moet worden gedaan op de (verplichte absolute) uitzonderingsgrond van artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994 waarbij dan in *concreto* moet worden nagegaan of de openbaarmaking van een bepaald document afbreuk doet aan het geheim karakter van de beraadslagingen.⁴⁹ Ook contracten die berusten bij de administratieve overheid zijn bestuursdocumenten.⁵⁰

Kopieën van stukken uit een gerechtelijk dossier dat werd samengesteld ingevolge een klacht door de Belgische staat tegen een belastingplichtige verwerven het statuut van bestuursdocument ten gevolge van de verkregen toestemming tot inzage en de gegeven kopie aan de belastingadministratie door de procureur-generaal.⁵¹

Steeds onder hetzelfde voorbehoud van de eventuele toepassing van een (algemene of specifieke) wettelijke uitzonderingsgrond, werden gekwalificeerd als ‘bestuursdocument’ de software programmatuur voor het elektronisch stemmen, zijnde het geheel van de software, dit houdt tegelijk de broncodes zowel als de veiligheidsmaatregelen in.⁵²

Dossiers die door het parket in beslag werden genomen wegens een acute onveiligheidssituatie zijn echter niet meer in het bezit van de betrokken bestuursinstantie zodat er geen gevolg kan gegeven worden aan het verzoek om inzage. De betrokken bestuursinstantie beschikt immers niet langer over de inbeslaggenomen dossiers zodat geen inzage kan worden verleend; zelfs indien het dossier nog elektronisch zou zijn bewaard.⁵³

40. Het Vlaamse openbaarheidsdecreet hanteert een andere definitie maar gaat in wezen even ruim. Als ‘bestuursdocument’ wordt gekwalificeerd: de drager, in welke vorm ook, van informatie waarover een instantie (lees: een bestuursinstantie of een milieu-instantie) beschikt (artikel 3, 4°). Ook hier gaat het om gematerialiseerde (en dus bestaande) informatie.

41. Sommige categorieën van (bestuurs)documenten kennen een bijzonder openbaarheidsregime geregeld bij een specifieke wet: er kan onder meer worden verwezen naar de wet van 11 december 1998 ‘betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’ of, nog, de wet van 2 april 2003 ‘tot wijziging van de wet van 15 april 1994 betreffende de bescherming van de

48 Parl. St., Kamer, 1992-1993, nr. 1112/13, p. 33.

49 R.v.St., Barbé, nr. 126.943 van 8 januari 2004.

50 R.v.St., Housieaux, nr. 161.407 van 19 juli 2006.

51 R.v.St., Tassin, nr. 97.056 van 27 juni 2004.

52 R.v.St., Antoun, nr. 95.677 van 21 mei 2001.

53 R.v.St., Heider, nr. 221.854 van 20 december 2012.

bevolking en van het leefmilieu tegen de uit ioniserende stralingen voortspruitende gevaren en betreffende het Federaal Agentschap voor Nucleaire Controle en tot regeling van de overdracht van sommige personeelsleden van de Dienst Veiligheid van de Staat op het gebied van de kernenergie'.⁵⁴

42. De federale wet van 5 augustus 2006 'betreffende de toegang van het publiek tot milieu-informatie' en het Vlaams decreet van 26 maart 2004 omschrijven ook het begrip 'milieu-informatie'. Zowel de federale wet als het Vlaams decreet geeft daarbij uitvoering aan de Europese regelgeving en inspireert zich dan ook op de door de Richtlijn verleende omschrijving. 'Milieu-informatie' wordt, bij wijze van voorbeeld, door de federale wet van 5 augustus 2006 omschreven als elke informatie, ongeacht de drager en in welke materiële vorm ook, waarover een milieu-instantie beschikt, betreffende:

- a) de toestand van elementen van het milieu, zoals de atmosfeer, de lucht, de bodem, het land, het water, het landschap, de natuurgebieden, met inbegrip van vochtige biotopen, kust- en zeegebieden, de biologische diversiteit en haar componenten met inbegrip van de genetisch gemodificeerde organismen en de interactie tussen deze elementen;
- b) de toestand van de gezondheid en de veiligheid van de mens met inbegrip van de verontreiniging van de voedselketen, de levensomstandigheden van personen, voor zover zij worden of kunnen worden aangetast door de onder a) bedoelde elementen van het milieu of, via deze elementen, door een van de factoren zoals bedoeld onder d) of door de maatregelen en activiteiten zoals bedoeld onder e);
- c) de toestand van waardevolle cultuurgebieden en bouwwerken, voor zover zij worden of kunnen worden aangetast door de onder a) bedoelde elementen van het milieu of, via deze elementen, door een van de factoren zoals bedoeld onder d) of door de maatregelen en activiteiten zoals bedoeld onder e);
- d) factoren, zoals stoffen, energie, geluid, straling of afval, met inbegrip van radio-actief afval, emissies, lozingen en ander vrijkomen in het milieu van stoffen die de toestand van elementen van het milieu zoals bedoeld onder a) of de toestand van de gezondheid en de veiligheid van de mens zoals bedoeld onder b) aantasten of waarschijnlijk aantasten;
- e) maatregelen en activiteiten die uitwerking hebben of kunnen hebben op de onder a), b), c) of d) bedoelde elementen;
- f) maatregelen en activiteiten die tot doel hebben de toestand van elementen van het milieu zoals bedoeld onder a), de toestand van de gezondheid en de veiligheid van de mens zoals bedoeld onder b) of de waardevolle cultuurgebieden en bouwwerken zoals bedoeld onder c) in stand te houden, te beschermen, te herstellen, te ontwikkelen, en druk erop te voorkomen, in te perken of te compenseren;
- g) kosten-baten- en andere economische analyses en veronderstellingen die worden gebruikt in het kader van de onder e) en f) bedoelde maatregelen en activiteiten;
- h) verslagen over de toepassing van de milieuwetgeving (artikel 3, 4°).

54 Over die laatste wet: zie GwH 150/2004 van 15 september 2004.

43. In een arrest van 21 november 2013 heeft de Raad van State beslist dat op grond van de ruime definitie verleend in artikel 3, 4°, b) van de hiervoor geciteerde bepaling, de federale Beroepscommissie voor de toegang tot milieu-informatie wettig kon beslissen ‘dat de gegevens volgens uit de controle of de hygiëne voldoende gegarandeerd is in horecazaken, waarbij wordt vastgesteld of er bacteriën of andere micro-organismen al of niet aanwezig zijn’ als milieu-informatie dienen te worden aangemerkt.⁵⁵ Dergelijk standpunt leidt er niet toe dat alle bestuursdocumenten onder het toepassingsgebied van de wet van 5 augustus 2006 vallen. Uit de motieven van de Beroepscommissie, zo oordeelt de Raad van State, blijkt immers dat zij een grondig onderzoek heeft gevoerd naar de aard en de inhoud van de verschillende verslagen en rapporten. De Beroepscommissie oordeelde dat waarschuwingen, processen-verbaal en documenten die worden opgesteld in opdracht van de gerechtelijke overheden niet vallen onder het voorwerp van de aanvraag. Wat de documenten betreft die wel onder het voorwerp van de aanvraag vallen, heeft de Beroepscommissie duidelijk aangegeven welke gegevens wel en welke niet onder de wet van 5 augustus 2006 vallen. Daarbij kwam ze tot de beoordeling dat controleverslagen, op zeldzame gevallen na, geen milieu-informatie bevatten; dat enquêteformulieren, collectieve voedseltoxicinfectie en monsternamerverslagen wel onder het begrip milieu-informatie vallen en, tot slot, standaardrapporten sporadisch milieu-informatie bevatten. Uit de bestreden beslissing blijkt eveneens dat wat de controleverslagen betreft op grond van de wet van 5 augustus 2006 enkel openbaarheid dient te worden verleend aan de verslagen die effectief milieu-informatie bevatten. De loutere mogelijkheid dat de controleverslagen milieu-informatie bevatten, houdt niet de verplichting tot openbaarheid voor alle controleverslagen in.⁵⁶

44. Zoals bekend, is geen belang vereist om de openbaarheid van een bestuursdocument aan te vragen, tenzij de documenten van persoonlijke aard zijn. De aanvrager heeft in beginsel steeds het vereiste belang wanneer hij inzage vraagt in zijn eigen dossier. De federale wetten vereisen wel dat de aanvrager een belang aantoonst voor de openbaarmaking van documenten inzake milieu-informatie van persoonlijke aard. Dat belang is in beginsel steeds aanwezig bij een aanvraag om inzage van het eigen dossier. Een bestuursdocument van persoonlijke aard is voor de federale openbaarheidswetgeving een document ‘dat een beoordeling of een waardeoordeel bevat van een met naam genoemd of gemakkelijk identificeerbaar natuurlijk persoon of de beschrijving van een gedrag waarvan het ruchtbaar maken aan die persoon kennelijk nadeel kan berokkenen’ (artikel 1, tweede lid, 3°, van de wet van 11 april 1994). Ook derden kunnen een belang aantonen om de openbaarheid te vragen van een bestuursdocument dat een waardeoordeel bevat. Het Vlaamse decreet van 26 maart 2006 verschilt op een aantal punten. Ten eerste heeft de decreetgever niet overgenomen dat de openbaarmaking een kennelijk nadeel moet kunnen berokkenen hetgeen meebrengt dat geen appreciatie mogelijk is. De notie is in absolute

55 R.v.St., Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen, nr. 225.549 van 21 november 2013.

56 Ibidem.

zin bepaald. Daarnaast werd de notie ‘bestuursdocument van persoonlijke aard’ vervangen door ‘informatie van persoonlijke aard’(artikel 3, 6⁵⁷).⁵⁸

45. Ook met betrekking tot het begrip ‘documenten van persoonlijke aard’ bestaat een uitgebreide jurisprudentie. Zo besliste bijvoorbeeld de Raad van State in het arrest nr. 221.961 van 10 januari 2013 dat het gegeven dat (betrokken) ombudsmannen uitdrukkelijk in jaarverslagen worden genoemd, dat de documenten een beoordeling door de ombudsmannen van de omstandigheden bevatten en dat zij door de delicate inhoud in moeilijkheden kunnen komen, gevraagde de documenten niet tot een ‘document van persoonlijke aard’ maken. Immers, artikel 9, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 8 juli 2003 houdende vaststelling van de voorwaarden waaraan de ombudsfunctie in de ziekenhuizen moet voldoen (hierna: koninklijk besluit van 8 juli 2003) biedt een waarborg dat het verslag geen elementen mag bevatten waardoor bijvoorbeeld de natuurlijke personen, die een klacht hebben neergelegd, kunnen worden geïdentificeerd. Een conform deze bepaling opgesteld jaarverslag, kan dan ook niet als een document van persoonlijke aard worden beschouwd. De argumentatie dat de vermelding van de naam van de ombudsman in de jaarverslagen zijn functie in het gedrang zou kunnen brengen, kon niet overtuigen. De behandeling van klachten en het communiceren daarover behoort zoals uit de hiervoor geciteerde bepaling blijkt immers tot het wezen van de taak van de ombudsman.⁵⁹

46. Belangwekkend is nog een arrest van 24 november 2010 waarin wordt geïllustreerd hoe de rechter een weigeringsbeslissing van een beroepsinstantie inzake openbaarheid met betrekking tot documenten van persoonlijke aard alsnog op haar wettigheid kan toetsen, ook wanneer de verwerende partij (in casu de Vlaamse Gemeenschap) heeft verzuimd om de dossiers waarop het verzoek tot inzage betrekking heeft en die in het geschil centraal staan, aan de Raad van State over te maken wat er in wezen op neer komt dat zij ‘aan de rechter zelfs de mogelijkheid [ontzegt] om zijn controle uit te oefenen over de feitelijke grondslag om de volledige dossiers te kwalificeren als bestuursdocument met informatie van persoonlijke aard’.⁶⁰ De Raad van State verricht, weliswaar in *abstracto*, een analyse omtrent de documenten die zich redelijkerwijze in een dergelijk dossier (het betrof een klacht met betrekking tot handelingen gesteld door een leraar ten opzichte van leerlingen, waaronder het kind van verzoekers) bevinden en hoe deze – opnieuw in *abstracto* – redelijkerwijze moeten worden gekwalificeerd in het licht van de notie ‘informatie van persoonlijke aard’. Vervolgens wijst de Raad van State erop dat het openbaarheidsdecreet aan het

57 De omschrijving luidt: ‘informatie die betrekking heeft op een beoordeling of een waardeoordeel, of die een beschrijving van een gedrag bevat van een bij name genoemd of gemakkelijk identificeerbaar natuurlijk persoon’.

58 Voor meer informatie, raadplege men A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, o.c., 2012, p. 816-817 en de aldaar aangehaalde rechtspraak en rechtsleer.

59 R.v.St., CVBA Verbruikersunie Test-Aankoop, nr. 221.961 van 10 januari 2013.

60 R.v.St., XXX, nr. 209.129 van 24 november 2010.

bestuur een (positieve) verplichting oplegt om maximaal openbaarheid te verlenen, en bijgevolg te streven naar gedeeltelijke openbaarmaking met weglating van wat onder de uitzonderingen valt. Inderdaad,

*‘artikel 9, eerste lid, van het openbaarheidsdecreet, waarmee artikel 17, § 2, steeds in samenhang moet worden gelezen, bepaalt immers dat een bestuursdocument “gedeeltelijk openbaar gemaakt [wordt] als informatie [...] waarvoor de verplichting geldt inzake het aantonen van het belang, bedoeld in artikel 17, § 2, tweede lid, samen met andere informatie in een bestuursdocument vervat zit, en het mogelijk is om de genoemde informatie te scheiden van de andere informatie”’.*⁶¹

Uit het administratief dossier bleek niet dat deze mogelijkheid terdege werd onderzocht zodat werd besloten tot vernietiging van de bestreden beslissing in beroep.

47. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat indien het verzoek om openbaarheid uitsluitend betrekking heeft op persoonsgegevens die zijn opgenomen in manuele bestanden of het voorwerp uitmaken van een geautomatiseerde verwerking, toepassing moet worden gemaakt van de wet van 8 december 1992 ‘tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer’ en niet van de openbaarheidswet.⁶²

VII Actieve openbaarheid

48. Artikel 32 van de Grondwet voorziet slechts in een passief recht van toegang tot bestuursdocumenten. Dat neemt niet weg dat de bevoegde wetgevers – los van de (positieve) verplichtingen die op overheden kunnen rusten ingevolge specifieke reglementeringen of, nog, ingevolge de op hen rustende zorgvuldigheidsplicht op grond van de artikelen 1382 e.v. van het Burgerlijk Wetboek c.q. de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – toch in de ‘algemene openbaarheidswetten’ in regels hebben voorzien inzake actieve openbaarheid van bestuur. Er wordt hier slechts op zeer beknopte wijze op de problematiek van de actieve openbaarheid ingegaan.⁶³

49. Ter illustratie kan worden gewezen op artikel 2, 2° tot 4°, van de wet van 11 april 1994 dat, met het oog op een duidelijke en objectieve voorlichting van het publiek over het optreden van de federale administratieve overheden, elke federale administratieve overheid een document publiceert met de beschrijving van haar bevoegdheden en haar interne organisatie. Dit document wordt ter beschikking gesteld van eenieder die erom vraagt (artikel 2, 2°). Bovendien dient elke briefwisseling uitgaande van een federale administratieve overheid de naam, de hoedanigheid, het adres en het telefoonnummer van degene die meer inlichtingen kan verstrekken over het dossier, te vermelden (artikel 2, 3°) en dient elk document waarmee een

61 Ibidem.

62 R.v.St., Annemans, nr. 164.654 van 13 november 2006.

63 Men raadplege voor meer informatie A. Mast, J. Dujardin, A. Van Damme en J. Vande Lanotte, *Overzicht ...*, o.c., 2012, p. 812 e.v. en de aldaar aangehaalde rechtsleer.

beslissing of een administratieve handeling met individuele strekking uitgaande van een federale administratieve overheid ter kennis wordt gebracht van een bestuurde, de eventuele beroepsmogelijkheden te vermelden, evenals de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen. Bij ontstentenis daarvan neemt de verjaringstermijn voor het indienen van het beroep geen aanvang (artikel 2, 4°).⁶⁴ Met artikel 2, 1°, van diezelfde wet wordt de Koning ermee belast om bij een in de Ministerraad overlegd besluit, de organisatie en de opdrachten van de federale voorlichtingsdienst te bepalen, alsmede de federale administratieve overheden die ertoe gehouden zijn een gespecialiseerde instantie te belasten met de conceptie en de realisatie van het informatiebeleid. De vergoedingen die eventueel worden aangerekend voor het ter beschikking stellen van de in de hiervoor vermelde artikel 2, 1° en 2°, bedoelde informatie mogen de kostprijs niet overtreffen.

Met een koninklijk besluit van 19 juli 2001 'tot uitvoering van artikel 2, 1°, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur' heeft de Koning de verplichting tot actieve openbaarheid in een enig artikel verder, zij het betrekkelijk summier, uitgewerkt. Met artikel 1 van dat besluit wordt bepaald dat 'in het kader van de opdrachten vastgesteld in artikel 2, § 1, 4°, van het koninklijk besluit van 15 mei 2001 houdende oprichting van de Federale Overheidsdienst Kanselarij en Algemene Diensten', laatstgenoemde dienst en in het bijzonder de entiteit 'Externe Communicatie' ervan, wordt belast met de conceptie- en realisatietaken van het informatiebeleid van de federale overheid. In het kader van die opdrachten en onverminderd de aangelegenheden die tot de bevoegdheden behoren van het Ministerie van Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Internationale Samenwerking, is de voormelde Dienst en in het bijzonder de entiteit 'Externe Communicatie' belast met: (1) het aanwenden van alle voorlichtingstechnieken om de burger voor te lichten en het land beter te doen kennen, (2) het verzamelen van een zo volledig mogelijke documentatie betreffende het nationaal patrimonium en de nationale werkzaamheden en verwezenlijkingen, (3) het coördineren van de initiatieven genomen op de gebieden bedoeld in (1) en (2); en, tot slot, (4) het verlenen van technische bijstand, op aanvraag, aan elke natuurlijke of rechtspersoon die een doel nastreeft dat ertoe bijdraagt België beter te doen kennen.

50. Met de wet van 5 augustus 2006 is in gelijkaardige actieve openbaarheidsverplichtingen voorzien wat de milieu-informatie betreft. Hier blijft het personele toepassingsgebied beperkt tot de Federale Overheidsdiensten en de Programmatorische Federale Overheidsdiensten, evenals de instellingen van openbaar nut die onderworpen zijn aan het gezag, de controle of het toezicht van de federale overheid. Zij dienen elk te voorzien in

64 Zie eveneens artikel 19, tweede lid R.v.St.-wet dat als volgt luidt: 'De verjaringstermijnen voor de beroepen bedoeld bij artikel 14, § 1, nemen alleen een aanvang op voorwaarde dat de betekening door de administratieve overheid van de akte of van de beslissing met individuele strekking het bestaan van die beroepen alsmede de in acht te nemen vormvoorschriften en termijnen vermeldt. Indien aan die verplichting niet wordt voldaan dan nemen de verjaringstermijnen een aanvang vier maanden nadat aan de betrokkene de akte of de beslissing met individuele strekking ter kennis werd gebracht.'

een beschrijving van hun bevoegdheden en interne organisatie. Ze nemen de nodige maatregelen om de milieu-informatie, die relevant is voor hun taak en waarover ze beschikken, te ordenen met de bedoeling ze actief en systematisch onder het publiek ter beschikking te stellen, met name door de elektronische communicatie. Milieu-informatie die in elektronische vorm beschikbaar is, en de milieu-informatie die vanaf 14 februari 2003 is verzameld, dient op elektronische wijze onder het publiek te worden verspreid. Deze milieu-instanties komt ook de zorg toe de in artikel 14 van de wet opgesomde milieu-informatie op elektronische wijze ter beschikking te stellen. Het gaat onder meer om internationale en nationale normatieve teksten en overeenkomsten waaronder teksten van internationale verdragen, conventies en overeenkomsten inzake of in verband met het milieu die van toepassing zijn op de federale overheid, de regeringsverklaringen en de regeerakkoorden van de federale regering, de beleidsdocumenten, waaronder de federale beleidsnota's, de federale plannen en programma's in verband met het milieu, vooruitgangsvorlagen, meetgegevens inzake milieu die door de milieu-instanties of namens hen zijn verzameld of die voor hen worden beheerd, toelatingen en vergunningen die belangrijke gevolgen hebben voor het milieu, milieueffectbeoordelingen, risico-beoordelingen, veiligheidsrapportages, enzovoort.

51. Daarenboven dienen alle milieu-instanties als bedoeld in artikel 4, § 1 van de wet van 5 augustus 2006 (zie *supra*), onverminderd eventuele specifieke verplichtingen uit hoofde van de wetgeving, ervoor te zorgen dat in geval van een bedreiging van de gezondheid van de mens of het milieu, hetzij veroorzaakt door menselijke activiteiten hetzij ten gevolge van natuurlijke oorzaken, alle informatie waarover zij beschikken en die de bevolking die waarschijnlijk zal worden getroffen in staat kan stellen maatregelen te nemen om de uit de bedreiging voortvloeiende schade te voorkomen of te beperken, onmiddellijk wordt verspreid.

Tot slot is nog voorzien in specifieke rapporteringsverplichtingen (artikel 16 en 17 van de wet van 5 augustus 2006).

52. Ook de Vlaamse regelgever heeft met het decreet van 26 maart 2004 in een actieve openbaarheid van overheidsinformatie (artikelen 28 tot 35) voorzien, en daarnaast is er, onverminderd specifieke regels voor milieu-instanties (artikel 30 van het decreet en de op grond daarvan genomen uitvoeringsbesluiten), een geheel van regels uitgewerkt om te voorzien in een actief voorlichtingsbeleid. Ook hier is ervoor gekozen niet alle bestuursinstanties aan identieke regels te onderwerpen. Zo is de verplichting tot het voeren van een actief voorlichtingsbeleid in beginsel slechts van toepassing op de organen en entiteiten bedoeld in artikel 4, §1, 2° tot 8° van het decreet van 26 maart 2004. Het gaat, bondig (doch niet helemaal accuraat) samengevat, om de eigen diensten van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest, evenals om de territoriaal en dienstgewijze gedecentraliseerde besturen (al dan niet privaatrechtelijk vormgegeven) die door hen zijn opgericht of mede-opgericht en onder hun toezicht vallen. Deze instanties hebben de verplichting om de bevolking of hun doelgroep(en) 'systematisch, correct, evenwichtig, tijdig en op verstaanbare wijze' in te lichten over hun beleid, regelgeving en dienstverlening en

over de rechten die de bevolking verkrijgt uit hoofde van het openbaarheidsdecreet, voor zover de te verspreiden informatie niet valt onder een van de uitzonderingsgronden die bepaald zijn voor de passieve openbaarheid van bestuur (artikel 28).

Voorts legt het decreet op een ‘gezamenlijk bestand met wegwijsinformatie en eerstelijnsinformatie van en over de in artikel 4, §1, van het decreet genoemde bestuursinstanties uit te bouwen’. Dat databestand dient vrij en gratis toegankelijk te zijn voor eenieder, zowel digitaal als via de loketten van de betrokken bestuursinstanties (artikel 29).

Bij elk Vlaams ministerie, intern verzelfstandigd agentschap (met rechtspersoonlijkheid) of extern verzelfstandigd agentschap dient een communicatieambtenaar te zijn aangesteld. Eenzelfde verplichting geldt in hoofde van de provincieraad, de gemeenteraad en de raad voor maatschappelijk welzijn. De communicatieambtenaar is belast met de voorbereiding en realisatie van het communicatiebeleid en heeft onder meer de opdracht om de bevolking en de betrokken doelgroepen voor te lichten over het gevoerde beleid, over specifieke beslissingen die op hen betrekking hebben en over de dienstverlening van de betrokken bestuursinstantie. Zij moeten er ook op toezien dat de voor de burgers bestemde documenten in correcte en verstaanbare taal zijn gesteld (artikelen 31 en 32).

53. Tot slot heeft de Vlaamse decreetgever de regering ermee belast jaarlijks een globaal, gecoördineerd verslag en een evaluatie van de communicatie en het communicatiebeleid van de Vlaamse ministeries, de intern verzelfstandigde agentschappen en de extern verzelfstandigde agentschappen, met betrekking tot het voorbije jaar, voor te leggen aan het Vlaams Parlement (artikel 33). Dat jaarlijkse ‘Communicatiejaarverslag van de Vlaamse Regering’ over haar communicatiebeleid bestaat uit twee delen. Een eerste deel handelt over de algemene aspecten van het externe en interne communicatiebeleid zoals de huisstijl, regelgeving, het personeelsblad, extranet, campagnebegeleiding en persvoorlichting. Het tweede deel betreft een overzicht van de communicatie-initiatieven van de departementen en agentschappen in de dertien beleidsdomeinen van de Vlaamse overheid. Sedert 2010 verschijnt het Communicatiejaarverslag niet langer gedrukt, maar enkel online.

Uit het Communicatiejaarverslag 2013 blijkt dat de Vlaamse overheid de kwaliteit van haar communicatiebeleid met een jaarlijkse evaluatie opvolgt en bijstuurt. De meting gebeurt, met externe begeleiding, ‘op basis van een set indicatoren [...] die de kwaliteit van het Vlaamse communicatiebeleid in een veelheid van haar aspecten in kaart brengt, met name de meerwaarde van communicatie voor de organisatie (sic)’. In 2013 vond een eerste meting plaats (de zgn. nulmeting). Een éénmeting van/voor (begin) 2014 werd gehouden op 13 en 18 februari 2014 zodat het verslag van 2013 daarvan (ook) reeds melding maakt. Uit het rapport blijkt dat er toch wel een aantal aandachtspunten naar voren worden geschoven, met name op het vlak van (1) heldere profilering in het kader van het merkenbeleid (lees het merk Vlaamse overheid), (2) communicatie in en over beleid, (3) onderzoek benutten voor kwaliteitsverbetering en (4) de interne communicatie (die de basis moet zijn voor een betere externe communicatie).

54. Een heikel punt op het vlak van de actieve openbaarheid van overheidsinformatie blijft de (systematische) bekendmaking van de adviezen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.⁶⁵ Dat geldt des te meer in de mate dat actieve openbaarheid wordt gerelateerd aan de *beginselen van de democratische rechtsstaat en (toenemende) burgerparticipatie*.

Het advies van de afdeling Wetgeving wordt slechts bekendgemaakt in de mate dat de wetgever dit voorschrijft. De vertrouwelijkheid van de adviezen is daarbij de regel, de bekendmaking de uitzondering. Er wordt van uitgegaan dat het advies van de afdeling Wetgeving de uitsluitende eigendom wordt van de adviesvragende overheid, eenmaal haar dit is toegezonden door de Raad van State. Dat betekent dat derden de Raad van State niet om mededeling van het advies kunnen verzoeken, noch dat zij enig recht op inzage of afschrift van de adviezen kunnen doen gelden. De Raad van State kan, indien hij zou willen ingaan op verzoeken tot inzage of mededeling van adviezen, zulks enkel doen mits hij daarvoor de toestemming van de adviesvragende overheid zou verkrijgen. Ook betekent het dat het in beginsel enkel aan de adviesvragende overheid toekomt – in het kader van de regelgeving openbaarheid van bestuur – om erover te oordelen of zij enige verspreiding wil geven aan het door haar gevraagde advies van de afdeling Wetgeving, dan wel of zij, met en in toepassing van de reglementering inzake openbaarheid van bestuur,⁶⁶ die adviezen of de inhoud ervan meedeelt aan derden.

55. Artikel 3, § 1, van de R.v.St.-wet bepaalt dat het advies van de afdeling Wetgeving bij voorontwerpen van wet, decreet en ordonnantie aan de memorie van toelichting van de ontwerpen van wet, decreet of ordonnantie wordt gehecht hetgeen betekent dat ze mee worden gepubliceerd in de stukken van de betrokken wetgevende vergadering.

Diezelfde bepaling schrijft nog voor dat het advies van de afdeling Wetgeving dient te worden gehecht aan de verslagen aan de Koning of aan een gemeenschaps- of gewestregering bij een reglementair besluit waaruit volgt dat indien dat verslag in het Belgisch Staatsblad wordt gepubliceerd, dan ook het advies van de afdeling Wetgeving bij het ontwerp van reglementair besluit dient te worden gepubliceerd. De publicatie van dergelijk verslag is evenwel eerder uitzondering dan regel.

Een dergelijk verslag aan de Koning of aan een deelstaatregering is verplicht bij de ontwerpen van koninklijke besluiten die de van kracht zijnde wettelijke bepalingen kunnen opheffen, aanvullen, wijzigen of vervangen (de zgn. besluiten ‘met kracht van wet’). Immers, artikel 3bis van dezelfde wet schrijft voor wat deze reglementaire besluiten betreft, dat het advies van de afdeling Wetgeving samen met het verslag

65 Voor een omstandig overzicht over de aangelegenheid en de actuele stand van zaken, raadplegen M. Van Damme en B. De Sutter, 10. Raad van State, II. Afdeling Wetgeving, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge: Die Keure 2013, p. 59-95.

66 Zie hierover M. Van Damme en B. De Sutter, o.c., 2013, p. 66 e.v.; zie ook R.v.St., Jordan, nr. 72.863 van 31 maart 1998.

aan de Koning (of de deelstaatregering) en het (koninklijk) besluit waarop het betrekking heeft in het Belgisch Staatsblad dient te worden gepubliceerd.

Tot slot worden in de praktijk ook de adviezen die door de voorzitters van de wetgevende vergaderingen worden gevraagd, gepubliceerd in de parlementaire stukken. Alleen is het zo dat voorstellen eerder zelden aan het advies van de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

56. Er werden immers meerdere wetgevende initiatieven genomen om te voorzien in een meer algemene publicatieplicht van de adviezen van de Raad van State. Laatstelijk nog werden naar aanleiding van het ontwerp van wet dat heeft geleid tot de wet van 20 januari 2014 ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedure-regeling en de organisatie van de Raad van State’ zowel in de Senaat als in de Kamer van Volksvertegenwoordigers amendementen ingediend die ertoe strekten aan de adviezen een ruimere bekendmaking te verlenen. Een ervan strekte ertoe een artikel 5bis in de R.v.St-wet in te voeren teneinde de afdeling Wetgeving ermee te gelasten (sommige van) haar adviezen die zij uitbrengt, onverwijld te publiceren via een elektronisch informatienetwerk dat toegankelijk is voor het publiek. Zeer bondig samengevat zou de publicatie slechts plaatsvinden, wat adviezen bij voorontwerpen betreft, wanneer het ontwerp bij de betrokken parlementaire vergadering wordt ingediend en, waar het ontwerpen van reglementaire besluiten betreft, indien het ontwerp (dat inmiddels reglement is geworden), in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt.^{67,68}

Met de voorgestelde ruimere publicatieplicht, zo blijkt uit de verantwoording bij het amendement, wordt enerzijds beoogd een systematische studie van de adviezen van de Raad van State mogelijk te maken. Dergelijke studie, zo luidt de toelichting, wordt belangrijk geacht ‘omdat vele leerstukken uit het grondwettelijk recht door de Raad van State geschreven zijn’. De stellers van het amendement, verwijzend naar J. Velaers,⁶⁹ formuleren het als volgt:

“Voor wie er mocht aan twijfelen, zal dit onderzoek duidelijk maken, dat het voor de ontwikkeling van het constitutionele denken van dit land een zegen zou zijn, indien de “constitutionele goudmijn” die in de adviezen van de Raad van State besloten ligt, meer bekendheid zou krijgen. [...] Wanneer onbeantwoorde vragen opduiken, baant de Raad steeds meer de weg. Soms aarzelend. Een proces van “trial en error”, met geleidelijk duidelijke richtlijnen voor de constitutionele inbedding van nieuwe juridische, politieke en maatschappelijke tendensen.”⁷⁰

67 Zie bijvoorbeeld Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 3233/2, p. 1 (amendement nr. 1 van de Kamerleden Gerken en Van Hecke).

68 Ook de Raad van State, afdeling Wetgeving, kon in algemene vergadering reeds een advies nr. 45.646/AV van 13 januari 2009 verlenen n.a.v. een eerder wetsontwerp terzake: Parl. St., Kamer, 2008-2009, nr. 1630/1; zie hierover M. Van Damme en B. De Sutter, o.c., 2013, p. 68.

69 J. Velaers, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving. Vijftig jaar adviezen aan wetgevende vergaderingen*, in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1999, p. 10.

70 Amendement nr. 13 van mevrouw Faes in Parl. St., Senaat, 2013-2014, 5-2277/2; zie eveneens amendement nr. 14 van mevrouw Thibaut in Parl. St., Senaat, 2013-2014, 5-2277/2.

De stellers van het amendement voegen er nog aan toe: ‘De klassieke tegenwerping vanuit het beleid dat de adviezen soms gevoelige beleidsinformatie kunnen bevatten, lijkt ons niet echt relevant: in de praktijk worden ontwerpen op regeringsniveau voorbereid en pas naar de Raad van State gestuurd als ze een meer definitieve vorm hebben gekregen.’ Niettemin wordt met het amendement beoogd de verplichte bekendmaking enkel te doen gelden ‘voor de wetteksten of regelgevende besluiten die door de bevoegde assemblee worden aangenomen. Daarom stelt het artikel in uitzicht dat de adviezen pas worden bekendgemaakt, te rekenen van de betrokken wetteksten of regelgevingsteksten’.⁷¹

57. Die voorstellen die de finale wettekst niet hebben gehaald, blijven in ieder geval de actieve publicatie van de adviezen beperken, wat de reglementaire besluiten betreft, tot een publicatie ‘*ex post*’, dat wil zeggen dat slechts tot publicatie wordt overgegaan wanneer het besluit uitgevaardigd is en gepubliceerd wordt in het Belgisch Staatsblad. Adviezen bij voorontwerpen van wet, decreet en ordonnantie daarentegen worden gepubliceerd wanneer het ontwerp bij de betrokken wetgevende vergadering wordt ingediend zodat het in dat geval nog kan worden besproken vooraleer de tekst wordt uitgevaardigd en afgekondigd zodat de bespreking van de tekst én het advies de uiteindelijke inhoud van de tot stand te komen wet nog kan beïnvloeden.

58. Die werkwijze sluit aan bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie die, weliswaar in het kader van een verzoek om *passieve* openbaarheid, oordeelde dat openbaarheid van juridische adviezen die voorafgaan aan het besluitvormingsproces van de instellingen van de Unie net bijdraagt tot de democratische legitimiteit van regelgeving, haar doelmatigheid en, meer algemeen, tot burgerparticipatie. Uiteraard is elke zaak om *passieve* openbaarheid te beoordelen op de concrete merites van het betrokken dossier maar de overwegingen van het Hof geven toch ruim stof tot nadenken en lijken ook in zekere mate te kunnen bijdragen aan het debat omtrent actieve openbaarheid.

Zo overweegt het Hof van Justitie in zijn recente arrest van 3 juli 2014 in zaak C-350/12 P betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie waarbij de Raad van de Europese Unie de vernietiging vordert van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie, In 't Veld/Raad (T-529/09 van 4 mei 2012), dat bij de vraag om een verzoek tot openbaarheid van een advies van de juridische dienst van de Raad⁷² rekening moet worden gehouden met de voordelen van een grotere transparantie, te weten een *beter deelneming van de burger aan het besluitvormingsproces en een grotere legitimiteit en meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de administratie ten opzichte van de burger binnen een democratisch systeem*. Het Hof oordeelt nog dat het openbaar belang van transparantie van het besluitvormingsproces

⁷¹ Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 3233/2, p. 4.

⁷² Het advies werd verleend met het oog op de vaststelling door de Raad van een besluit waarbij toestemming wordt verleend voor het openen van onderhandelingen namens de Unie teneinde een internationale overeenkomst te sluiten. Het advies handelde over de delicate kwestie van de (al dan niet) aanwezigheid van de vereiste juridische grondslag voor het optreden.

zou worden uitgehold indien het, zoals de Commissie voorstelt, alleen in aanmerking zou worden genomen indien het besluitvormingsproces is beëindigd. Daarbij wordt nog terloops gezegd dat de Raad aan verhoogde transparantie is onderworpen wanneer hij optreedt als wetgever (in de voorliggende zaak ging het evenwel om het sluiten van een internationale overeenkomst wat in beginsel evenwel behoort tot het domein van de uitvoerende macht).⁷³

VIII *Passieve openbaarheid: afwijkingen en uitzonderingen op het grondwettelijk recht om bestuursdocumenten te raadplegen en er een afschrift van te krijgen*

59. Rekening houdende met de hogervermelde complexiteit van de Belgische regelgeving inzake openbaarheid van bestuur is het niet mogelijk om binnen het kader van dit preadvies een (globaal) overzicht te geven inzake de wettelijke uitzonderingen en afwijkingen op het grondrecht van de (passieve) openbaarheid van bestuur en de vele beslissingen en jurisdictionele uitspraken die ervan toepassing hebben gemaakt. Er is met andere woorden heel wat rechtspraak voorhanden waarop binnen het bestek van deze bijdrage onmogelijk op uitgebreide wijze, laat staan op een systematische wijze, kan worden ingegaan. Hetgeen volgt, beoogt dan ook niets meer dan een beperkte selectie van jurisprudentie onder de aandacht te brengen waarbij getracht wordt een inzicht te geven in enkele meer actuele thema's en zulks aan de hand van de drie categorieën van uitzonderingsgronden die door de openbaarheidsregelingen worden gehanteerd. Daarbij zal opnieuw worden gefocust op de federale wetgeving en de Vlaamse regelgeving.

60. Hoewel het recht op toegang tot bestuursdocumenten is erkend als een fundamenteel grondrecht, kan het slechts worden uitgeoefend onder voorbehoud van de door de wetgever voorziene uitzonderingen daarop. Het bepalen, op een algemene en abstracte wijze, van de wettelijke uitzonderingsgronden op het grondrecht van de openbaarheid van bestuur vormt met andere woorden dé sleutel in handen van de wetgever om het toepassingsgebied ervan te beperken of, anders geformuleerd, de individuele uitoefening van het grondrecht te begrenzen. Vervolgens komt het in eerste instantie de betrokken administratieve overheid of bestuursinstantie toe om in de concrete gevallen die zich aandienen te beoordelen of een uitzonderingsgrond dient of mag worden toegepast en, zo ja, in welke mate die tot beslotenheid moet leiden. Uiteindelijk komt het, na uitputting van het georganiseerd administratief beroep, de rechter toe om na te gaan of in het concrete geval een correcte toepassing van de ingeroepen uitzonderingsgrond werd gemaakt waarbij hij, in voorkomend geval, het Grondwettelijk Hof prejudicieel zal hebben bevraagd of de door de wet, het decreet of de ordonnantie voorziene uitzonderingsgrond op zichzelf in overeenstemming kan worden geacht met de Grondwet, de relevante bepalingen van het

73 HvJ EU 3 juli 2014, C-350/12 P, evenals de talrijke arresten die in het arrest worden aangehaald.

Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden of het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Daarbij zal uiteraard rekening moeten worden gehouden met de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, evenals met de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

61. Vooreerst moet worden opgemerkt dat overeenkomstig vaste jurisprudentie elke weigeringsbeslissing om inzage in bestuursdocumenten te verlenen, moet berusten op één of meer door de wet (het decreet of de ordonnantie) bepaalde uitzonderingsgronden. Die uitzonderingsgronden moeten daarenboven restrictief worden geïnterpreteerd. Zij moeten *in concreto* worden getoetst en bovendien dient de weigeringsbeslissing, die een bestuurshandeling is met individuele strekking, uitdrukkelijk worden gemotiveerd, dat wil zeggen dat de beslissing de juridische én feitelijke overwegingen dient te vermelden die eraan ten grondslag liggen. De motivering moet bovendien afdoende zijn wat betekent dat zij de weigeringsbeslissing moet kunnen schragen.

62. Zowel de federale wetgever als de Vlaamse decreetgever heeft in uitzonderingsgronden voorzien. Het is evenwel niet makkelijk om hen in categorieën in te delen wat hun aard, hun finaliteit of *ratio legis* betreft. Sommige uitzonderingsgronden zijn eerder technisch, functioneel of punctueel van aard. Zij maken het bijvoorbeeld mogelijk inzage te weigeren van een bestuursdocument om reden dat het document niet af of onvolledig is, tot misvatting aanleiding kan geven, wanneer een aanvraag kennelijk onredelijk is of kennelijk te vaag geformuleerd is. Andere uitzonderingsgronden (zowel in de algemene als in de bijzondere of specifieke 'openbaarheidswetten') strekken er dan weer toe de rechten van derden te beschermen zoals het recht op privacy of (andere) fundamentele rechten of vrijheden zoals het vertrouwelijk karakter van ondernemings- en fabricagegegevens, het beroepsgeheim, enzomeer. Nog andere kunnen op een of andere wijze in verband worden gebracht met het algemeen belang of de goede werking van de openbare diensten. De uitzonderingsgronden die ertoe strekken de veiligheid van de bevolking, van de internationale betrekkingen van België, van de openbare orde, de veiligheid of de verdediging van het land, te beschermen kunnen daartoe worden gerekend maar ook de uitzonderingsgronden die ertoe strekken het geheim van de beraadslagingen van administratieve overheden of bestuursinstanties te beschermen en, derhalve, in wezen strekken tot bescherming van de politieke besluitvorming. Soms zullen bepaalde uitzonderingsgronden gelijktijdig van toepassing zijn zoals bijvoorbeeld het beroepsgeheim en de bescherming van het privéleven. Bovendien zal een bestuursinstantie niet alleen rekening moeten houden met de uitzonderingsgronden die uitgaan van de wetgevende macht van de overheid die haar heeft opgericht maar ook met deze die zijn bepaald door een andere wetgevende macht (zie hoger de zgn. 'transversale' uitzonderingsgronden zoals de bescherming van het auteursrecht of de bescherming van geclassificeerde documenten in de zin van (artikel 3 van) de wet van 11 december 1998 'betreffende de classificatie, de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen').

63. Veel duidelijker, althans op het eerste gezicht, is het onderscheid dat de wetgevers hebben gemaakt naargelang de intensiteit van de gestrengheid van de uitzonderingsgronden. Sommige ervan zijn imperatief én absoluut geformuleerd in die zin dat in die gevallen waarin de aanwezigheid ervan wordt vastgesteld, inzage moet worden geweigerd. Het gaat dan om ‘verplichte absolute uitzonderingsgronden’. Anderen dienen slechts tot weigering te leiden nadat de overheid, na belangenafweging, heeft vastgesteld dat de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van het bestuursdocument niet opweegt tegen de bescherming van het met de uitzonderingsgrond geviseerde belang. Het gaat om de ‘verplichte relatieve uitzonderingsgronden’. Tot slot zijn er nog uitzonderingsgronden die louter facultatief zijn.

64. Niets is echter wat het lijkt. Sommige rechtsgeleerden noemen – niet zonder redenen – het onderscheidend vermogen dat de wetgevers maken tussen uitzonderingsgronden naargelang de intensiteit van hun gestrengheid ‘relativement faible, lorsqu’on approfondit la mise en oeuvre des trois catégories’.⁷⁴

Zulks blijkt al meteen uit de eerste categorie van uitzonderingen: de zgn. verplichte absolute uitzonderingsgronden. In de (algemene) federale openbaarheidswet van 11 april 1994 (artikel 6, § 2) gelden voor zowel de federale als de niet-federale administratieve overheden als absolute uitzonderingsgronden de gevallen waarin openbaarheid afbreuk doet aan de persoonlijke levenssfeer (tenzij de betrokken persoon met de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift heeft ingestemd), aan een bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting, aan het geheim van de beraadslagingen van de federale Regering en van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de federale uitvoerende macht of waarbij een federale overheid betrokken is of, nog, aan de belangen bedoeld in artikel 3 van de wet van 11 december 1998 (cfr. supra). Dat die beoordeling effectief is gebeurd, zal uit de motivering van de weigeringsbeslissing moeten blijken.⁷⁵

65. Ook het Vlaamse decreet van 26 maart 2004 voorziet in absolute uitzonderingsgronden. Wat de informatie betreft die geen betrekking heeft op milieuaangelegenheden,⁷⁶ bepaalt artikel 14 ervan dat een aanvraag tot openbaarmaking wordt afgewezen als de openbaarmaking afbreuk doet aan een geheimhoudingsverplichting, vastgesteld in een aangelegenheid waarvoor de gemeenschap of het gewest bevoegd is, aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, tenzij de betrokken persoon met de openbaarmaking instemt, aan het geheim van de beraadslagingen van de Vlaamse regering en van de verantwoordelijke overheden die ervan afhangen, aan het geheim van de beraadslagingen van de organen van het Vlaams Parlement evenals aan het bij wet of decreet bepaalde geheim van de beraadslagingen van de

74 D. Déom, Th. Bombois en L. Galliez, Les exceptions au droit d'accès aux documents administratifs, in: *L'accès aux documents administratifs*, o.c., 2008, p. 171-425, inz. p. 216.

75 R.v.St., Scheppers de Bergstein, nr. 81.740, van 9 juli 1999, R.v.St., Van Hamme en Vekemans, nr. 134.863 van 4 september 2004, R.v.St. Baumwald, nr. 215.506 van 3 oktober 2011.

76 Voor deze die betrekking hebben op milieu-informatie: zie artikel 15 van het decreet van 26 maart 2004.

organen van de instanties genoemd in artikel 4, § 1, 3° tot 10° van het decreet. Openbaarheid dient ook te worden geweigerd als het om bestuursdocumenten gaat die uitsluitend ten behoeve van de strafvordering of de vordering van een administratieve sanctie werden opgesteld,⁷⁷ om bestuursdocumenten die uitsluitend ten behoeve van de mogelijke toepassing van tuchtmaatregelen worden opgesteld zolang de mogelijkheid om een tuchtmaatregel te nemen blijft bestaan of om bestuursdocumenten die informatie bevatten die door een derde werd verstrekt zonder dat hij daartoe verplicht werd en die hij uitdrukkelijk als vertrouwelijk heeft bestempeld, tenzij die persoon met de openbaarmaking instemt.

Uit artikel 10 van het Vlaams decreet blijkt nog dat ook de in artikel 13 bepaalde absolute uitzonderingsgronden *geval per geval* restrictief moeten worden uitgelegd zodat, logischerwijze, ook hier de concrete toepassing ervan in de weigeringsbeslissing zal dienen te worden gemotiveerd. De uitzonderingsgronden van artikel 13 gelden overigens, conform de bevoegdheidsverdelende regels ter zake, ‘onverminderd de andere bij wet, decreet of ordonnantie bepaalde uitzonderingen op de gronden die te maken hebben met de uitoefening van de bevoegdheden van de federale overheid, de gemeenschap of het gewest’ (artikel 12 van het decreet van 26 maart 2004).

66. Hoewel deze uitzonderingsgronden absoluut van aard zijn, beschikt de administratieve overheid of bestuursinstantie die over de aanvraag tot openbaarheid moet beslissen steeds over een zekere ruimte van beoordeling. Die beoordeling moet overigens worden uitgevoerd door het bevoegde bestuursorgaan dat in het concrete geval moet nagaan of de toepassingsvoorwaarden van de uitzonderingsgrond vervuld zijn en of er inderdaad afbreuk wordt gedaan aan het beschermde belang. Slechts nadat vastgesteld is dat zulks het geval is, zal openbaarheid worden geweigerd. Aan die vaststelling dient een *grondige* beoordeling vooraf te gaan.

Zo oordeelde de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak, in zijn arrest nr. 215.506 van 3 oktober 2011 dat elke uitzondering op het inzagerecht beperkend moet worden uitgelegd. Artikel 6, § 2 (in *casu* betrof het artikel 6, § 2, 2°) van de federale openbaarheidswet kan geen grondslag vormen om aan een bestuurde systematisch de inzage van zijn fiscaal dossier te weigeren. Het beroep op die bepaling moet concreet verantwoord worden met verwijzing naar de concrete gegevens van de zaak. In het betrokken geval beriep de fiscale administratie zich op een door de wet ingesteld beroepsgeheim (artikel 28quinquies, § 1 van het Wetboek van strafvordering – geheim van het opsporingsonderzoek) waarvan de Raad van State overigens moest vaststellen dat in het betrokken geval daarop geen beroep kon worden gedaan.⁷⁸

Een ander voorbeeld wordt geboden door arrest nr. 228.066 van 14 juli 2014 betreffende de toepassing van artikel 6, § 2, 3° van de federale openbaarheidswet (het geheim van de beraadslagingen van de federale Regering en van de verantwoordelijke

⁷⁷ Voor een recente toepassing: R.v.St., Verrycken, nr. 227.809 van 24 juni 2014.

⁷⁸ Zie eveneens R.v.St., Barbé, nr. 126.943 van 8 januari 2004 en R.v.St., Van Hamme en Vekemans, nr. 134.863 van 4 september 2004.

overheden die afhangen van de federale uitvoerende macht, of waarbij een federale overheid betrokken is). In zijn arrest oordeelt de Raad van State dat, al gaat het om een absolute uitzonderingsgrond hetgeen inhoudt dat de administratieve overheid de aanvraag tot mededeling of inzage zonder belangenafweging moet afwijzen indien de openbaarmaking afbreuk zou doen aan het geheim van de beraadslagingen, zulks niet belet dat zij concreet dient na te gaan of de openbaarmaking van een bepaald document afbreuk doet aan het geheim van de beraadslaging. Ook in de memorie van toelichting bij het ontwerp van wet dat tot de federale openbaarheidswet heeft geleid, wordt er met betrekking tot deze uitzonderingsgrond op gewezen ‘dat steeds moet beoordeeld worden of en in welke mate een beraadslaging een geheim karakter heeft’, dat het evengoed ‘mogelijk (is) dat een bepaald document op een gegeven moment niet openbaar gemaakt kan worden omdat daardoor het geheim karakter van een beraadslaging zou worden geschonden, terwijl dat niet meer het geval is op een later tijdstip en dus het bezwaar tegen de openbaarmaking vervalt’.⁷⁹ Daaruit blijkt, aldus de Raad van State, dat het niet volstaat die uitzonderingsgrond op abstracte wijze in te roepen om de openbaarmaking te weigeren doch dat concreet moet worden nagegaan of de openbaarmaking op het ogenblik dat ze wordt gevraagd daadwerkelijk afbreuk aan het geheim van de beraadslaging doet. In *casu* bleek niet dat de overheid concreet heeft nagegaan of de voorwaarden vervuld waren om de openbaarmaking van het gevraagde bestuursdocument te weigeren. In de bestreden beslissing werd enkel op zeer algemene wijze ‘het geheim van de beraadslaging van het beheerscomité van RVA’ aangehaald en werd de beweerde vertrouwelijkheid overigens door de feiten tegengesproken aangezien de minister van Werk, onder wie de RVA ressorteert, het desbetreffende uittreksel uit de notulen van de vergadering van het beheerscomité van 19 april 2012 reeds op 4 juli 2012 aan verzoeker had meegedeeld zodat blijkt dat die beraadslaging, minstens op het ogenblik van verzoekers aanvraag tot mededeling in afschrift, geen geheim karakter meer had.⁸⁰

67. De absolute uitzonderingsgronden zijn (omwille van hun absoluutheid) niet vrij gebleven van (grondwettigheids)kritiek zoals hierna zal blijken. We beperken ons hier tot de uitzonderingsgrond van een (bij wet) ingestelde *geheimhoudingsverplichting*.

Na te hebben vastgesteld dat zij geregeld geconfronteerd wordt met een aantal zaken waarin de betrokken administratie het beroepsgeheim inriep om geen openbaarheid te moeten geven, formuleert de (federale) Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten, Afdeling openbaarheid van bestuur, in haar Jaarverslag 2012 een aanbeveling in verband met de beroepsgeheimen; aanbeveling die overigens wordt herhaald in het Jaarverslag 2013. Hoewel de Commissie het belang van het bestaan van beroepsgeheimen niet wenst te ontkennen, stelt zij evenwel vast dat bij de omschrijving van wat een beroepsgeheim is, soms

79 Parl. St., Kamer, 1992-1993, nr. 1112/1, 16 en 17.

80 R.v.St., Raeymaekers, nr. 228.066 van 14 juli 2014.

onvoldoende rekening wordt gehouden met het grondrecht dat wordt gegarandeerd door artikel 32 van de Grondwet, waardoor, naar haar oordeel, het evenwicht zoek is. Een beroepsgeheim hoort, zo zegt de Commissie, ‘slechts betrekking te hebben op gevoelige informatie die beschermenswaardig is, niet op alle informatie’. De Commissie is bovendien tot de vaststelling gekomen dat waar het beroepsgeheim wezenlijk beperkt is tot een persoon die een bepaald beroep of een bepaalde functie uitoefent, in een concreet geval de omvang van het beroepsgeheim wordt uitgebreid tot een volledige instelling. Beide verruiming van het beroepsgeheim tasten, naar haar oordeel, niet enkel de eigenheid van het beroepsgeheim zelf aan maar vormen ook

‘een inbreuk op de openbaarheid van bestuur, op grond waarvan slechts bescherming aan informatie wordt geboden omdat daartoe inhoudelijk – los van de hoedanigheid van de verstrekker van het advies – echt reden bestaat. Het is onaanvaardbaar dat door een ruim geformuleerd beroepsgeheim een instelling voor al haar informatie aan de openbaarheid van bestuur zou ontsnappen. Bovendien staat een beroepsgeheim er veelal aan in de weg dat binnen een organisatie informatie wordt gedeeld, terwijl dit laatste net essentieel is voor een goede aanpak van problemen.’⁸¹

68. In zijn arrest *Scheppers de Bergstein*⁸² overweegt de Raad van State dat de uitzonderingsgronden bedoeld in artikel 6 van de federale openbaarheidswet (meer bepaald de bescherming van het recht op de persoonlijke levenssfeer en de bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting), limitatief worden genoemd en strikt moeten worden geïnterpreteerd zodat zij niet systematisch kunnen worden aangevoerd tot staving van elke weigering om inzage te krijgen van een fiscaal dossier teneinde het beginsel van de openbaarheid van de bestuurshandelingen niet uit te hollen. De Raad van State oordeelde dan ook dat een belastingplichtige inzage moet kunnen krijgen in het fiscaal dossier van zijn gewezen echtgenoot zonder dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de persoonlijke levenssfeer. Er bestond immers geen reden om af te wijken van het fundamentele recht van de belastingplichtige om de gegrondheid van een schuld die het bestuur van hem vordert, te betwisten, wat het recht impliceert om zich de gegevens te laten meedelen die noodzakelijk zijn om de door het bestuur aangevoerde gegevens te begrijpen. Bovendien werd geoordeeld dat het beroepsgeheim bedoeld in artikel 6, § 2, 2°, van de wet van 11 april 1994 alleen verstaan moet worden binnen de perken van een wettelijke geheimhoudingsverplichting, namelijk in casu dat het fiscale beroepsgeheim, zoals wordt vermeld in het eerste lid van artikel 337 van het WIB 92, alleen geldt buiten de uitoefening van het ambt. Het tweede lid van diezelfde bepaling moet dan zo worden gelezen dat in zoverre het ervan uitgaat dat de ambtenaren van de administratie der directe belastingen binnen de uitoefening van hun ambt blijven wanneer zij aan andere administratieve diensten van de Staat en aan rechtscolleges de inlichtingen verstrekken die

81 Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten, Afdeling openbaarheid van bestuur, Jaarverslag 2012, p. 16 en Jaarverslag 2013, p. 11-13.

82 R.v.St., *Scheppers de Bergstein*, nr. 81.740 van 9 juli 1999; zie ook R.v.St., S.A. Semalu, nr. 126.678 van 19 december 2003.

in de fiscale dossiers voorkomen, ‘de wet van 11 april 1994 aan die opsomming van degenen die aanspraak kunnen maken op het fiscaal geheim, *impliciet doch stellig de particulieren heeft toegevoegd* die, in de uitoefening van hun grondwettelijk recht en onder de voorwaarden gesteld in de wetgeving, inzage vragen van het fiscaal dossier’. De gedachte aan het fundamenteel recht van de eerbiediging van de rechten van verdediging en de ‘equality of arms’ is hierbij wellicht niet veraf.

69. In dezelfde zin oordeelde de Raad van State dat wanneer een administratieve overheid zich beroept op de geheimhoudingsverplichting bepaald in artikel 43 van het decreet van de Vlaamse Raad van 27 juni 1985 inzake bijzondere jeugdbijstand, gecoördineerd bij besluit van de Vlaamse Regering van 4 april 1990, een grondwetsconforme lezing van die geheimhoudingsplicht niet zo ver kan gaan dat de geheimhoudingsplicht waartoe bepaalde ambtenaren gehouden zijn zich uitstrekt zowel tot alle stukken van een dossier dat met hun medewerking tot stand komt, als ten opzichte van alle derden en belanghebbende personen, inbegrepen diegenen *wier situatie in de stukken van dat dossier direct betrokken is*. Artikel 43 van het bewuste decreet legt de geheimhoudingsplicht op aan personen en niet aan een hele administratie, en voorts kan het beroepsgeheim in beginsel niet worden ingeroepen tegen degene wiens belangen het beoogt te beschermen. Conclusie diende dan ook te zijn dat het hulpverleningsdossier van de jongere vertrouwelijk is maar dat ‘de personen van wie gegevens zijn opgeslagen in het dossier, alsook de minderjarige zelf vanaf de leeftijd van twaalf jaar’ het recht hebben ‘kennis te nemen van de gegevens die hen persoonlijk betreffen’. In casu gaat dat om het belang van de minderjarige doch daarnaast hebben ook de ouders er persoonlijk belang bij te vernemen op grond waarvan een maatregel overwogen wordt. Wanneer een bestuursdocument maar voor een deel aan de openbaarheid moet of mag worden onttrokken, dient de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift ervan daartoe beperkt te worden. De overheid kan er zich, ook bij een absolute uitzonderingsgrond, niet zonder meer toe beperken de inzage van het hele dossier te weigeren. Niets belette de administratieve overheid die om openbaarheid werd verzocht, om in een geval waarin verzoekers zelf niet konden uitmaken welke dossierstukken hen persoonlijk betroffen, een selectie uit te voeren van de dossierstukken waarvan volgens haar al dan niet inzage kon worden verleend hetgeen zij verzuimd had te doen.⁸³

70. Ook (en vooral?) het beroepsgeheim van de advocaat en de absolute voorrang die daaraan zou moeten worden gegeven in het licht van het grondrecht van de openbaarheid van bestuur, blijft niet onbetwist.⁸⁴ In een aangelegenheid met betrekking tot het omgevingsrecht waar de burgemeester van een gemeente (gelegen in het Vlaamse Gewest), in het kader van een burengeschil werd verzocht om zijn toezichtsbevoegdheid uit te oefenen, had de gemeente met het oog op juridische bijstand beroep gedaan op een advocaat die de gemeente advies verstreekte. Om inzage

83 R.v.St., Van Hamme en Vekemans, nr. 134.863 van 14 september 2004.

84 Zie het Jaarverslag 2013 van de Commissie voor de toegang en het hergebruik van bestuursdocumenten, o.c., 2013, p. 12.

en afschrift van (onder meer) dat advies verzocht, besluit het bevoegd orgaan van de gemeente inzage te weigeren waarbij het zich beroept op de uitzonderingsgrond als bedoeld in artikel 6, § 2, 2° van de federale openbaarheidswet.

De verzoeker gaat tegen de weigeringsbelissing in beroep bij de Vlaamse beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie. Deze oordeelt in haar oorspronkelijke beslissing nr. 2008/162 van 24 december 2008 die later door de Raad van State bij uiterst dringende noodzakelijkheid werd geschorst⁸⁵ en, vervolgens, vernietigd,

*‘dat de gemeente, gesteld voor een aanvraag tot openbaarmaking van die informatie, ook aanspraak kan maken op het beroepsgeheim; dat de gemeente de vertrouwensrelatie met haar raadsman niet schendt door, in het vervullen van haar wettelijke verplichtingen betreffende de openbaarheid van bestuur, die informatie openbaar te maken; dat noch artikel 458 van het Strafwetboek, noch enige andere bij wet of decreet bepaalde geheimhoudingsverplichting zich verzet tegen openbaarmaking door de gemeente van de beoogde informatie’.*⁸⁶

In zijn vernietigingsarrest nr. 202.966 van 15 april 2010 oordeelde de Raad van State dat de gemeente met die beslissing (en derhalve het eraan ten grondslag liggende motief) het doel van deze geheimhoudingsverplichting miskent. Die geheimhoudingsplicht is er immers op gericht: ‘... het iedereen mogelijk te maken op de best mogelijke manier bijstand te krijgen van een advocaat, door de waarborg dat alles wat wordt besproken, vertrouwelijk blijft, en niet ter kennis kan komen van derden. Het beroepsgeheim is er om de vertrouwelijkheid te beschermen, en niet omgekeerd.’⁸⁷ De Raad van State oordeelt vervolgens dat de Beroepsinstantie zich ten onrechte afvraagt of de gemeente afbreuk zou doen aan het beroepsgeheim van haar raadsman, en of zij de vertrouwensrelatie met deze zou schenden. Naar het oordeel van de Raad van State diende de Beroepsinstantie na te gaan of de vertrouwelijkheid die de verzoekende partij geniet in haar overleg met haar advocaat, moet wijken voor het beginsel van de openbaarheid van bestuur. De wet van 11 april 1994, zo oordeelt de Raad van State, antwoordt daarop ontkennend. De eerbiediging van het recht van verdediging – en daarom van de vertrouwelijke aard van deze briefwisseling – weegt immers zwaarder. In het arrest wordt daarbij verwezen naar jurisprudentie van het Hof van Justitie.⁸⁸ en van het Grondwettelijk Hof dat in dezelfde zin besliste.⁸⁹

85 R.v.St., gemeente Lochristi, nr. 189.864 van 28 januari 2009.

86 Beslissing nr. OVB/2008/162bis van 27 april 2010, gewezen na het vernietigingsarrest van de Raad van State, gemeente Lochristi, nr. 202.966 van 15 april 2010.

87 R.v.St., gemeente Lochristi, nr. 202.966 van 15 april 2010 (eigen cursivering).

88 Inzonderheid naar het arrest HvJ EG 4 februari 1981, C-155/79, AM&S Europe Ltd., Jur. 1982, 1575; zie ook bijvoorbeeld HvJ EG 21 september 2010, C-516/07, C-528/07 en C-532/07, Zweden t. API en de Commissie, § 131-134 (wat betreft het tijdstip waarop een bij het Hof ingediende memorie openbaar kan worden gemaakt); zie (echter ook hoger) het arrest HvJ EU 3 juli 2014, C-350/12 P, zij het dat het daarin niet gaat om een advies van een advocaat.

89 GwH 3 mei 2000, nr. 46/2000, RW, 2000-01, 506; GwH 14 juni 2006, nr. 100/2006, BS 19 juni 2006; GwH 24 maart 2004, nr. 50/2004, RW 2004-05, 218; GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, RW 2008-09, 109.

71. In een latere beslissing nr. OVB/2011/23 van 24 februari 2010, in een andere zaak, volgt de Vlaamse beroepsinstantie spoorlags de Raad van State. Nogmaals geconfronteerd met een beroepschrift waarin een beslissing van een bestuursinstantie werd aangevochten omdat die een verzoek tot openbaarheid van een advies van een advocatenkantoor weigerde, oordeelde de beroepsinstantie als volgt:

‘Overwegende dat de beroepsinstantie van oordeel is dat deze bescherming van het beroepsgeheim niet enkel wordt geboden voor adviezen of documenten die verband houden met een gerechtelijke procedure; dat de Raad van State heeft gesteld dat de geheimhoudingsverplichting er op gericht is om het iedereen mogelijk te maken op de best mogelijke manier bijstand te krijgen van een advocaat; dat dit evenzeer inhoudt dat een advies aangaande de implicaties van de problematiek van [...] onder vermeldde geheimhoudingsplicht valt; dat in dergelijke adviezen vaak tot in het kleinste detail wordt bekeken welke de juridische gevolgen en risico’s er aan een bepaalde beleidskeuze zijn verbonden, vaak ook op Europees niveau (...)’

zodat, in die omstandigheden, moet worden geconcludeerd dat een advies waarin wordt ingeschat door een advocaat welke bepaalde juridische gevolgen een beslissing of uitgangspunt met zich meebrengt evenzeer onder de hiervoor aangehaalde wettelijke geheimhoudingsverplichting komt te vallen. De Vlaamse beroepsinstantie nam deze beslissing zonder zelf inzage te hebben gehad of verkregen in het betrokken advies van de advocaat. Zij oordeelde in dat verband dat ‘de betrokken geheimhoudingsplicht een absolute uitzonderingsgrond is zodat zij het verzoek om inzage hoe dan ook moet weigeren zodat er geen enkele reden bestaat waarom zij zelf wel inzage of afschrift van de vertrouwelijke briefwisseling met het advocatenkantoor moest krijgen’ (eigen cursivering). Dergelijke documenten zijn immers ‘op geen enkele manier dienstig voor de beroepsprocedure, nu het verzoek tot het bekomen van een afschrift zonder meer kan worden afgewezen op grond van het beroepsgeheim t.a.v. de relatie tussen een advocaat en zijn cliënt, zoals geformuleerd als uitzonderingsgrond op de openbaarheid van bestuur’.

72. Uit het Jaarverslag 2013 van de federale Commissie voor de toegang en het gebruik van bestuursdocumenten (cfr. *supra*) lijkt echter te kunnen worden afgeleid dat niet iedereen onverdeeld gelukkig is met deze gang van zaken wat de beroepsgeheimen in het algemeen betreft, noch met de interpretatie die eraan wordt gegeven als absolute uitzonderingsgrond wat het beroepsgeheim van advocaten betreft.

73. Ook het federale Parlement liet zich niet ongemoeid en heeft naar aanleiding van een wetsvoorstel ter zake het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State ingewonnen. Het om advies voorgelegde wetsvoorstel strekte ertoe

‘om de wet van 11 april 1994 dusdanig te wijzigen dat een bestuursdocument dat een administratieve overheid verkregen heeft van een externe raadsman, niet gehouden is aan de geheimhoudingsplicht

die voortvloeit uit artikel 458 van het Strafwetboek, voor zover dat document geen onderdeel is van een lopend rechtsgeding.⁹⁰

De stellers ervan waren de mening toegedaan dat indien de regel van het beroepsgeheim algemeen zou worden gebruikt ‘elk document dat door een advocaat wordt opgemaakt, [...] de tussenkomst van een advocaat gebruikt [kan] worden door de overheid om documenten eeuwig uit de openbaarheid te houden’ waarmee ‘duidelijk de geest van de wet wordt verlaten’. Het zou dan ‘immers volstaan om een advies van welke aard ook te vragen via de tussenkomst van een raadsman om dat advies te onttrekken aan de openbaarheid, zich telkens beroepend op art. 6, § 2, 2° van de wet van 11 april 1994’.⁹¹

74. Hoe dan ook moet worden opgemerkt dat het Hof van Justitie, alvast wat juridische adviezen in het algemeen betreft, genuanceerder is en een grondig onderzoek vereist in drie stappen waarbij de volgende vragen moeten worden beantwoord: (1) is het gevraagde document inderdaad een juridisch advies, (2) leidt de openbaarmaking ervan tot ondermijning van die adviezen in de zin dat zij het belang van een instelling bij het vragen van juridische adviezen en het ontvangen van eerlijke, objectieve en volledige adviezen schaadt waarbij dat risico redelijkerwijs voorzienbaar moet zijn en niet louter hypothetisch en, tot slot, (3) dient alsnog te worden geverifieerd of er geen hoger openbaar belang is dat openbaarmaking gebiedt ondanks de ondermijning die daarvan zou uitgaan voor zijn mogelijkheid om juridische adviezen te vragen en eerlijke, objectieve en volledige adviezen te ontvangen.⁹²

75. In zijn advies nr. 54.460/2 van 4 december 2013 bij het hoger vermelde wetsvoorstel oordeelde de Raad van State dat het voorstel ‘op fundamentele bezwaren [stuit], waardoor besloten moet worden dat het niet aanvaardbaar is’.⁹³ De afdeling Wetgeving hanteert eenzelfde standpunt zoals eerder werd ingenomen door de afdeling Bestuursrechtspraak in het hoger vermelde arrest nr. 202.966, daarbij wederom verwijzend naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie, van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en van het Grondwettelijk Hof. In het advies wordt onder meer overwogen dat hoewel het beroepsgeheim gehuldigd wordt in een bepaling van wetgevende aard, het ook in verband kan worden gebracht met hogere rechtsnormen. Het heeft immers

‘hoofdzakelijk tot doel het fundamentele recht op eerbiediging van het privéleven te beschermen van diegene die iemand in vertrouwen neemt, soms over iets zeer persoonlijks. Bovendien geniet

⁹⁰ Parl.St., Kamer, 2013-2014, nr. 2764/001, p. 5.

⁹¹ Ibidem, p. 3.

⁹² HvJ EU 3 juli 2014, C-350/12 P.

⁹³ Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 2764/002, p. 8; zie ook advies nr. 55.240/2 van 27 februari 2014 dat door de afdeling Wetgeving van de Raad van State werd verstrekt bij een amendement op het initiële voorstel, Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 2764/004. Dat voorstel kon, naar het oordeel van de Raad van State, evenmin doorgang vinden ook al werden de bezwaren ermee (enigszins) getemperd.

de vertrouwelijke informatie die aan een advocaat wordt toevertrouwd in de uitoefening van zijn beroep “ook, in bepaalde gevallen, de bescherming die voor de rechtszoekende voortvloeit uit de waarborgen die zijn neergelegd in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens⁹⁴ [...]. Die overwegingen gelden voor de wezenlijke activiteiten van het beroep van advocaat, dus niet alleen de vertegenwoordiging in rechte van zijn cliënt, maar eveneens het juridisch advies, zelfs buiten elk rechtsgeding.”⁹⁵

Toch lijkt de deur niet helemaal te zijn gesloten. De Raad van State merkt immers op dat de regel van het beroepsgeheim ‘enkel kan wijken in geval van nood of wanneer een hoger geachte waarde hiermee in strijd is’.⁹⁶ Het om advies voorgelegde wetsvoorstel kon echter ook op het vlak van zijn verantwoording niet voldoen. In het advies wordt vastgesteld dat niettegenstaande het voorstel het wettige doel nastreeft om de openbaarheid van bestuur te bevorderen en met de daarin beoogde opheffing van het beroepsgeheim de burgers ongetwijfeld in bepaalde gevallen informatiegegevens in handen zullen krijgen waaruit onder meer zal blijken dat de wettigheid van een administratieve beslissing te betwisten valt die, zonder de opheffing van het beroepsgeheim, moeilijk vast te stellen zouden zijn. Dat voordeel, zo oordeelde de afdeling Wetgeving,

‘staat evenwel niet in verhouding tot de verregaande inbreuken, die hiervoor uiteengezet zijn, op de vertrouwensrelatie die moet bestaan tussen de advocaat en zijn cliënt.⁹⁷ Met die inbreuken wordt overigens geenszins rekening gehouden in de toelichting bij het voorliggende voorstel; er dient a fortiori te worden vastgesteld dat in die toelichting nagelaten wordt om enige aanvaardbare rechtvaardiging daarvoor te geven.’⁹⁸

De Raad van State merkt ten slotte nog op dat verschillende van de voorafgaande overwegingen die betrekking hebben op de primordialiteit van de fundamentele rechten, zoals bijvoorbeeld het recht op de eerbiediging van het privéleven en het recht op de geheimhouding van de briefwisseling of nog het recht op gezondheid, op algemene wijze gelden voor alle belangen die beschermd worden door de regel van het beroepsgeheim (advocaten, gezondheidszorgberoepen, enz.).⁹⁹

76. De tweede categorie van uitzonderingsgronden zijn, als gezegd, de verplichte relatieve uitzonderingsgronden. Krachtens de algemene federale openbaarheidswet is een federale of niet-federale administratieve overheden ertoe verplicht de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument af te wijzen, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen: (1) de veiligheid van de bevolking, (2) de fundamentele rechten en vrijheden van de bestuurden, (3) de federale

94 EHRM 6 september 2012, Michaud t. Frankrijk, § 118.

95 Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 2764/002, p. 7 (eigen cursivering).

96 Ibidem, p. 6.

97 Eigen cursivering.

98 Parl. St., Kamer, 2013-2014, nr. 2764/002, p. 8.

99 Ibidem, p. 8.

internationale betrekkingen van België, (4) de openbare orde, de veiligheid of de verdediging van het land, (5) de opsporing of vervolging van strafbare feiten; (6) een federaal economisch of financieel belang, de munt of het openbaar krediet, (7) het uit de aard van de zaak vertrouwelijk karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld en, ten slotte, (8) de geheimhouding van de identiteit van de persoon die het document of de inlichting vertrouwelijk aan de administratieve overheid heeft meegedeeld ter aangifte van een strafbaar of strafbaar geacht feit.

77. Artikel 14 van het Vlaams decreet van 26 maart 2004 voorziet eveneens in relatieve uitzonderingsgronden waarvan sommige gelijkaardig zijn aan deze opgenomen in de federale wet van 11 april 1994. We beperken ons hier tot de uitzonderingsgronden wat de niet-milieu-informatie betreft. Een bestuursinstantie is verplicht een aanvraag tot openbaarmaking af te wijzen indien ze van oordeel is dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van (1) een economisch, financieel of commercieel belang van een instantie die onder de bevoegdheid valt van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap, (2) het vertrouwelijk karakter van de internationale betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap en van de betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap met de supranationale instellingen, met de federale overheid en met andere gemeenschappen en gewesten, (3) het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt, (4) de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid een eerlijk proces te verkrijgen, (5) de vertrouwelijkheid van het handelen van een instantie voor zover die vertrouwelijkheid noodzakelijk is voor de uitoefening van de administratieve handhaving, de uitvoering van een interne audit of de politieke besluitvorming, (6) de openbare orde en de veiligheid.

78. Bij de uit te voeren belangenafweging komt het er niet op aan het (al dan niet) rechtmatig belang van de aanvrager te vergelijken met dat van de administratieve overheid die om openbaarheid wordt verzocht of met dat van een (betrokken) derde. Het door de aanvrager nagestreefde doel is overigens in beginsel irrelevant (zie hoger).

Wat de administratieve overheid daarentegen wel dient te beoordelen is of de openbaarmaking van het document schade berokkent aan het door de (relatieve) uitzonderingsgrond beschermde belang op een zulkdanige wijze dat de openbaarmaking niet langer opweegt tegen het door de wet, het decreet of de ordonnantie beschermde belang.¹⁰⁰

100 R.v.St., s.c.r.l. Jansen Frères, nr. 163.733 van 18 oktober 2006.

79. Weliswaar betrokken op een verzoek om milieu-informatie, oordeelt de Raad van State in zijn arrest nr. 225.549 van 21 november 2013¹⁰¹ dat ingevolge artikel 27, § 1, van de wet van 5 augustus 2006 de aanvraag tot openbaarmaking wordt afgewezen als het publiek belang van de openbaarmaking niet opweegt tegen de bescherming van een van onder meer de volgende belangen, zijnde de openbare orde, de openbare veiligheid, hierin inbegrepen de fysieke beveiliging van radioactieve stoffen, of de verdediging van het land (2°) en de opsporing of vervolging van sanctioneerbare feiten (4°). Bij het onderzoek of een van deze uitzonderingsgronden opweegt tegen het publiek belang van openbaarmaking beschikt de Beroepscommissie (zoals de milieu-instantie die over de initiële aanvraag moet beslissen) over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Deze afweging moet op een *relatieve* manier gebeuren hetgeen betekent dat een *dubbele controle* moet worden doorgevoerd. Enerzijds moet worden nagegaan of de openbaarmaking *schade berokkent aan het beschermde belang* en anderzijds moet worden nagegaan of het publiek belang van de openbaarmaking *niet zwaarder* doorweegt dan het beschermde belang. Er is dus *geen* automatische verwerping van het verzoek vanaf het moment dat een van de uitzonderingen voorzien in de wet kan worden toegepast op het verzoek. Het belang van de openbaarmaking dient telkens *in concreto* te worden afgewogen tegen het belang beschermd door een uitzonderingsgrond. Het uitgangsprincipe is immers de openbaarheid. Deze moet worden geacht het algemeen belang te dienen.

De Raad van State oefent op de uitoefening van die discretionaire beoordelingsbevoegdheid een *marginale controle* uit. Wanneer de verzoekende partij niet aantoonst dat de Beroepscommissie *kennelijk* ten onrechte stelt dat de openbaarmaking van de verslagen geen schade zou kunnen toebrengen aan het opsporen of vervolgen van strafbare feiten, kan de beslissing om het document openbaar te maken niet worden vernietigd.

80. In dezelfde zin oordeelde de Raad van State nog in het arrest nr. 221.961 van 10 januari 2013 dat artikel 6, § 1, 2° van de federale openbaarheidswet – het betreft een absolute *relatieve* uitzonderingsgrond – bepaalt dat het bestuur de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument afwijst, wanneer het heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de fundamentele rechten en vrijheden van de bestuurd. Deze uitzonderingsgrond heeft betrekking op de bescherming van private belangen, in dit geval het recht op gezondheid. Gelet op de restrictieve benadering van de uitzonderingsgronden om de openbaarheid te weigeren, moet het bestuur aantonen dat de openbaarheid op *directe* wijze een afbreuk doet aan de fundamentele rechten en vrijheden van de bestuurd. Het weigeringsmotief was gesteund op de bewering van de ombudsmannen (van de ziekenhuizen) dat ze niet volledig onafhankelijk kunnen werken wanneer de moeilijkheden die de ombudsman eventueel ondervindt in de uitoefening van zijn opdracht en de mogelijke aanbevelingen om

101 R.v.St., Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen, nr. 225.549 van 21 november 2013.

hieraan tegemoet te komen, publiek zouden worden bekendgemaakt. Het risico werd te groot geacht dat aldus een vertrouwensbreuk met de ombudsmannen zou ontstaan, deze bepaalde gegevens niet meer zouden meedelen zodat ook niet meer aan de gesignaleerde moeilijkheden zou kunnen worden verholpen hetgeen er finaal toe leidt dat de bescherming van de rechten van de patiënt niet meer optimaal kan worden gewaarborgd. De openbaarmaking van deze gegevens zou aldus ‘zeer nefaste gevolgen’ hebben voor het recht op gezondheid, zoals opgenomen in artikel 23 van de Grondwet. Die verantwoording werd in het arrest niet kennelijk onredelijk geacht noch in strijd met de voormelde uitzonderingsgrond. *In casu* ging de directeur-generaal van de federale overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu slechts *gedeeltelijk* in op het verzoek van de CVBA Verbruikersunie Test Aankoop om een kopie te verkrijgen van de jaarverslagen van de ombudsdiensten van alle algemene ziekenhuizen in België voor de jaren 2008, 2009 en 2010.

81. Tot slot zijn er nog de facultatieve uitzonderingsgronden. Artikel 6, § 3 van de federale openbaarheidswet bepaalt dat een federale administratieve overheid een vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument *mag* afwijzen in de mate dat de vraag (1) een bestuursdocument betreft waarvan de openbaarmaking, om reden dat het document niet af of onvolledig is, tot misvatting aanleiding kan geven, (2) een advies of een mening betreft die uit vrije wil en vertrouwelijk aan de overheid is meegedeeld, (3) kennelijk onredelijk is of, (4) kennelijk te vaag is geformuleerd.

Het Vlaamse openbaarheidsdecreet voorziet slechts in twee facultatieve uitzonderingsgronden. Instanties mogen, overeenkomstig artikel 11 ervan, een aanvraag afwijzen (1) als de aanvraag kennelijk onredelijk of op een te algemene wijze geformuleerd blijft, na een verzoek van de instantie tot herformulering van de eerste aanvraag of (2) als de aanvraag betrekking heeft op bestuursdocumenten die niet af of onvolledig zijn.

Opnieuw moet worden voorgesteld dat de door de wetgever gehanteerde uitzonderingsgronden gelijkaardig doch niet identiek zijn.

82. In het licht van het (grondwettelijk verankerde) fundamentele grondrecht op openbaarheid van bestuur zijn ook deze uitzonderingsgronden limitatief van aard en restrictief te interpreteren.

Het belangrijkste onderscheid tussen (absolute en relatieve) verplichte uitzonderingsgronden enerzijds en facultatieve uitzonderingsgronden anderzijds is wellicht dat voor eerstgenoemde de wetgever reeds *in abstracto*, op algemene wijze, heeft geoordeeld dat, indien de voorwaarden ervoor zijn vervuld, openbaarheid moet worden geweigerd terwijl wat de laatste categorie betreft de administratieve overheid kan/mag beslissen tot openbaarheid (hetgeen de regel moet zijn) of tot afwijzing ervan, hetgeen (*extra*) in *concreto* zal moeten worden gemotiveerd. De discretionaire

bevoegdheid berust met andere woorden geheel bij de betrokken administratieve overheid of bestuursinstantie die om openbaarheid werd verzocht.¹⁰²

Afwijzing van openbaarheid op grond van een facultatieve uitzonderingsgrond verdient dan ook een afdoende motivering waarbij onder meer moet worden nagegaan of de ingeroepen uitzonderingsgrond daadwerkelijk bestaat en met de feiten overeenstemt en waarbij, vervolgens, belangenafweging plaatsvindt en de gemaakte beslissing om openbaarheid te weigeren of niet wordt verantwoord.

83. Wat de voormelde feitenbeoordeling betreft, werd geoordeeld dat wanneer een aanvrager verzoekt om inzage in de individuele cijfers per ziekenhuis met betrekking tot de handhygiënecampagnes, dergelijke cijfergegevens worden beschouwd als *feitelijke vaststellingen* zodat het *geen* ‘mening of advies’ betreft waarop de uitzonderingsgrond van artikel 6, § 3, 2° van de wet van 11 april 1994 van toepassing is. Dat deze cijfers nog moeten worden geïnterpreteerd en geanalyseerd, doet daaraan niets af. Bijgevolg kan de uitzonderingsgrond van artikel 6, § 3, 2° van de wet van 11 april 1994 niet worden ingeroepen om de individuele cijfers per ziekenhuis die door de ziekenhuizen aan de administratieve overheid werden verstrekt, aan de openbaarmaking te onttrekken.¹⁰³

84. Zoals hiervoor is gebleken, kunnen aanvragen om openbaarheid volgens de federale openbaarheidswet worden afgewezen wanneer de aanvraag ‘kennelijk onredelijk’ (de Franse tekst maakt gewag van ‘manifestement abusive’) of ‘kennelijk te vaag’ is.

Deze uitzonderingsgronden werden door de wetgever in het leven geroepen om te beletten dat de openbaarheid onwerkbaar wordt:¹⁰⁴ de aanvragen die erop gericht zijn of die tot gevolg kunnen hebben dat de goede werking van de administratie wordt verhinderd, kunnen als kennelijk onredelijk worden beschouwd. De rechter oefent op de uitoefening van de discretionaire beoordelingsbevoegdheid door de administratie een marginale toetsing uit. Aldus bijvoorbeeld werd geoordeeld dat de wet van 11 april 1994 aan een federale administratieve overheid noch de uitdrukkelijke verplichting oplegt, noch de uitdrukkelijke mogelijkheid biedt een vraag om mededeling in afschrift van een document te weigeren om reden dat verzoeker reeds over dit document beschikt doch haar wel toelaat een vraag om mededeling in afschrift van een bestuursdocument af te wijzen in de mate dat de vraag kennelijk onredelijk is. Kan de wettigheidsstoetsing niet doorstaan de beslissing die het kennelijk onredelijk karakter motiveert doordat ‘het gaat om documenten waarvan mag aangenomen worden dat (verzoekster) er zelf over beschikt’ en ‘gelet op de omvang van het volledige bundel, meer dan 1.000 blz., (...) dergelijke vraag beschouwd (dient) te worden als een poging om de normale werking van de dienst te belemmeren’. De Raad van State volgde de argumentatie van de overheid niet maar toonde

102 Zie eveneens D. Déom, Th. Bombois en L. Gallez, *Les exceptions au droit d'accès*, l.c., 2008, p. 372.

103 R.v.St., CVBA Verbruikers Unie Test Aankoop, nr. 212547 van 7 april 2011.

104 Parl. St., Kamer, 1992-1993, nr. 1112/1, p. 3.

begrip voor de aanvrager die argumenteerde, enerzijds, niet meer te beschikken over de documenten die zich bevinden in het dossier dat door de Administratie van Douane en Accijnzen aan de Bijzondere Belastinginspectie is bezorgd daar het in beslag genomen documenten betreft, en, anderzijds, van een bestuurde niet kan worden verwacht in de kantoren van de overheid duizenden documenten stuk voor stuk door te nemen ten einde te bepalen welke ervan men reeds in zijn bezit heeft om te kunnen aangeven van welke documenten men een afschrift wenst. De Raad van State oordeelde dan ook dat in de gegeven omstandigheden de verwerende partij kennelijk onredelijk heeft geoordeeld door de vraag tot afschrift als kennelijk onredelijk te beschouwen.¹⁰⁵

Omdat de openbaarheid van bestuursdocumenten een fundamenteel grondrecht is, dient ook deze uitzondering restrictief te worden geïnterpreteerd. Indien er in de opgevraagde stukken documenten zitten die vallen onder een van de uitzonderingsgronden, kan dit niet tot gevolg hebben dat het bestuur het gehele document aan de openbaarheid mag onttrekken.

Meer zelfs, de Raad van State, afdeling Bestuursrechtspraak herinnert er nogmaals aan dat het recht tot openbaarheid een *positieve verplichting* inhoudt voor de openbare besturen waaraan ze moeten voldoen. De diensten moeten zich zo organiseren dat aan de verplichting tot openbaarmaking kan worden voldaan. Een weigering tot openbaarmaking van een bestuursdocument moet concreet worden verantwoord. Geen enkele uitzonderingsgrond kan op een systematische wijze worden ingeroepen en derhalve ook deze niet. Dat houdt in dat ook hier de overheid bij de beoordeling van deze uitzonderingsgrond een reële belangenafweging moet maken, die moet blijken uit de formele motivering van de weigeringsbeslissing. Een motief waarbij de betrokken overheidsinstantie zich beroept op het feit dat ‘wij al onze mensen nodig hebben om onze hoofdactiviteit uit te voeren, namelijk het waarborgen van de veiligheid van de voedselketen’ op grond waarvan de aanvraag vervolgens wordt afgewezen wegens kennelijk onredelijk, vormt een loutere stijlformule, bestaande uit algemene termen zonder inhoudelijke draagkracht, en is onvoldoende geïndividualiseerd en specifiek op de organisatie van de betrokken administratieve overheid toegespitst. Deze motivering kan telkens worden aangewend om elk verzoek tot inzage of kopie af te wijzen en kan bijgevolg op systematische wijze worden ingeroepen wat niet kan worden aanvaard.¹⁰⁶

85. Déom e.a. stellen dat het ‘kennelijk onredelijk karakter’ van de vraag om openbaarheid ook is aangetoond in die gevallen waarin de aanvrager in werkelijkheid misbruik maakt van het hem toegekende recht hetgeen het geval is wanneer de aanvraag erop is gericht ‘de détruire le droit fondamental d’autrui et commet, par là-même, un abus de droit au sens de l’article 17 de la Convention Européenne’. Zij voegen er

¹⁰⁵ R.v.St., BVBA S.L.A. Trading Company, nr. 156.628 van 20 maart 2006; zie ook R.v.St., Boute, nr. 152.204 van 5 december 2005.

¹⁰⁶ R.v.St., CVBA Belgische Verbruikersunie Test – Aankoop, nr. 227.394 van 15 mei 2014.

wel aan toe dat ‘... Aucun procès d’intention ne peut cependant être fait à l’administré et il appartient à l’autorité qui se prévaut d’une telle cause de refus de motiver correctement sa décision’.¹⁰⁷

In de mate zulks al zou kunnen worden gevolgd – wij vonden in de door ons geraadpleegde jurisprudentie geen beslissingen ter zake – lijkt het alvast niet om een facultatieve uitzonderingsgrond te kunnen gaan maar dient o.i. een dergelijke weigering veeleer te moeten worden ingepast in een verplichte uitzonderingsgrond zoals bijvoorbeeld de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van derden. Dat, in voorkomend geval, bij (manifest) misbruik van recht het verzoek moet worden afgewezen, lijkt overigens ook het standpunt van deze auteurs te zijn waar zij stellen dat in dat geval ‘(...) l’Etat doit opposer une fin de non-recevoir aux demandes abusives’.¹⁰⁸ Zij argumenteren daarenboven dat in een dergelijk geval ‘la simple constatation que le demandeur abuse de son droit suffit à rejeter la demande. Formellement aucune mise en balance des intérêts en présence ne serait donc requise’.¹⁰⁹

86. Nochtans lijkt alvast ‘kwade wil’ bij een verplichte relatieve uitzonderingsgrond in de belangenafweging te worden betrokken voor zover die kwade wil aannemelijk kan worden gemaakt. In een zaak waar de milieu-instantie de vernietiging benaarstigde van een beslissing tot openbaarmaking van de federale Beroepscommissie voor de toegang tot milieu-informatie oordeelde de Raad van State dat ingevolge artikel 27, § 1 van de wet van 5 augustus 2006 de aanvraag tot openbaarmaking wordt afgewezen als het publiek belang van de openbaarmaking niet opweegt tegen de bescherming van een van onder meer de volgende belangen, zijnde de openbare orde, de openbare veiligheid, hierin inbegrepen de fysieke beveiliging van radioactieve stoffen, of de verdediging van het land (2°) en de opsporing of vervolging van sanctioneerbare feiten (4°). De bestuursinstantie die initieel toegang tot de documenten weigerde, slaagde er in casu niet in aan te tonen dat de Beroepscommissie ‘kennelijk ten onrechte stelt dat de openbaarmaking van de verslagen geen schade zou kunnen toebrengen aan het opsporen of vervolgen van strafbare feiten’. Evenmin kon ze de beoordeling van de Beroepscommissie weerleggen dat de inspectieverslagen te weinig precieze informatie bevatten. Tot slot kon de betrokken milieu-instantie haar stelling ‘dat gelet op de publicatie van de statistieken “enkel personen van kwade wil geïnteresseerd kunnen zijn in dergelijke verslagen”’ niet aannemelijk maken zodat ermee ook geen afbreuk kon worden gedaan aan het uitgangspunt van het belang bij de openbaarheid.¹¹⁰

87. Ook de vraag of een bestuursdocument ‘af’ of ‘onvolledig’ is, moet in concreto worden onderzocht.

¹⁰⁷ D. Déom, Th. Bombois en L. Gallez, *Les exceptions au droit d'accès*, l.c., p. 404 en p. 236-246.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 244.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 245.

¹¹⁰ R.v.St., Federaal Agentschap voor de Veiligheid van de Voedselketen, nr. 225.549 van 21 november 2013.

Binnen het kader van de federale openbaarheidswet is bovendien vereist dat door het niet af zijn of onvolledig zijn, misvatting ontstaat (art. §, 6 3, 1°).¹¹¹ Voorbereidende documenten die ‘af’ zijn, vallen niet onder de bewuste uitzonderingsgrond. Anders geformuleerd, voorbereidende documenten ontsnappen op zichzelf niet aan de openbaarheid van bestuur.

De betrokken uitzonderingsgrond is in het Vlaamse decreet ruimer geformuleerd doordat het niet naar enige ‘misvatting’ verwijst. Uit de parlementaire voorbereiding bij artikel 11, 2° van het Vlaamse decreet van 26 maart 2004 blijkt dan weer dat ‘(...) Documenten ter voorbereiding van een besluitvormingsprocedure (...) pas “af” (zijn) indien ze een definitieve status hebben verkregen, dit wil zeggen indien ze ondertekend zijn door de persoon die in het kader van deze procedure bevoegd is’, dat ‘dit (...) geenszins (betekent) dat er een eindbeslissing in de procedure zou moeten genomen worden’ en dat ‘ook tussentijdse rapporten, adviezen en nota’s (openbaar) zijn, nog voor de eindbeslissing is gevallen, voorzover ze definitief af zijn, dit wil zeggen ondertekend door de bevoegde persoon, zelfs al zijn deze documenten vatbaar voor wijziging of herziening ten gevolge van nieuwe factoren en elementen.(...)’.¹¹² Een bestuursdocument dat in de loop van een besluitvormingsprocedure wordt opgesteld, verkrijgt een definitieve status en is derhalve ‘af’ in de zin van artikel 11, 2° van het decreet van 26 maart 2004 als dit document het formeel onderschreven standpunt van de betrokken dienst bevat, zelfs al is het document nadien nog vatbaar voor herziening of wijziging ten gevolge van nieuwe factoren en elementen.¹¹³

Toch blijft de Vlaamse decreetgever waakzaam. Niet alleen vereist hij dat het document ‘volledig’ en ‘af’ moet zijn (zonder, als gezegd, dat er sprake is van de notie ‘misvatting’); bovendien voorziet hij, complementair, in een (aansluitende) verplichte relatieve uitzonderingsgrond die ertoe strekt openbaarheid af te wijzen indien het belang ervan niet opweegt tegen de vertrouwelijkheid van het handelen van een instantie voor zover die vertrouwelijkheid noodzakelijk is voor de uitoefening van de administratieve handhaving, de uitvoering van een interne audit of de politieke besluitvorming’ (artikel 14, 5° van het decreet van 26 maart 2004). In het bijzonder wat de politieke besluitvorming betreft, wordt in de memorie van toelichting bij die decreetsbepaling in dat verband verwezen naar het document opgemaakt door een (kabinets)medewerker ‘met het oog op het adviseren tot het nemen van een beslissing en waarin diverse politieke, maatschappelijke, economische en financiële bemlangingen worden afgewogen dient niet openbaar gemaakt’. Zoniet, zo oordeelt de decreetgever, ‘wordt de politieke besluitvorming onmogelijk’.¹¹⁴

111 Voor een toepassing: zie R.v.St., Jansen Frères, nr. 163.733 van 18 oktober 2006 en R.v.St., Sevenhans, 202.459 van 29 maart 2010.

112 Parl.St. Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1732/1, p. 23.

113 R.v.St., Provincie Oost-Vlaanderen, nr. 214.236 van 28 juni 2011.

114 Parl.St., Vl. Parl., 2002-2003, nr. 1732/1, p. 31.

IX Voorlopige conclusie

88. Binnen het kader van deze bijdrage konden slechts een beperkt aantal aspecten inzake openbaarheid van overheidsinformatie aan bod komen. Er zijn uiteraard in België vele andere en, vooral, uitgebreidere en meeromvattende studies omtrent dit onderwerp waarin de stand van zaken wordt geschetst met, bijwijken, kritische analyses. Een van de kritieken die veelvuldig wordt geuit, en ook hier werd erop gewezen, is de vaststelling dat artikel 32 van de Grondwet weliswaar het (passief) recht op openbaarheid verankert als een *fundamenteel grondrecht* waarop eenieder zich kan beroepen en dat in rechte afdwingbaar is maar *tegelijktijd* aan de onderscheiden wetgevers (Staat, gemeenschappen en gewesten) binnen de aangelegenheden waarvoor ze bevoegd zijn, de mogelijkheid biedt om daarop *uitzonderingen* te voorzien. Die wetgevers hebben dat, zonder onderscheid, ook gedaan. Ongetwijfeld is die gang van zaken te verklaren door en inpasbaar in de federale staatsstructuur maar dat doet niets af aan de vaststelling dat hierdoor omtrent eenzelfde fundamenteel grondrecht een veelheid van regels is ontstaan die onderling verschillen en niet slechts 'op punten van detail'. Zij moeten bovendien cumulatief worden toegepast zodat deze normen zich als het ware opeenstapelen en met elkaar vervlecht geraken. Het wordt moeilijk voor de burger om het geheel nog te overschouwen precies omdat de *regelgeving zelf transparantie ontbeert*.

Daarbij blijft het echter niet. Gespreid over vele teksten vaardigen de onderscheiden wetgevers naast 'algemene openbaarheidswetten' specifieke wetten uit waarin wordt voorzien in specifieke uitzonderingsgronden (met – weliswaar – een algemene draagwijdte). Uit het hiervoor besproken arrest nr. 169/2013 van het Grondwettelijk Hof mag m.i. worden afgeleid dat op dat vlak toch beter enige *spaarzaamheid* wordt nagestreefd en dat in de toekomst de wetgever zich beter tweemaal afvraagt niet alleen of de uitzondering die hij nog bijkomend uitvaardigt, wel nodig is en, bovenal, wanneer die algemeen en absoluut wordt opgevat, wel verantwoord is, in het bijzonder of die bijkomende uitzondering wel *proportioneel* kan worden geacht in het licht van het doel dat openbaarheid nastreeft. Het Hof heeft in dat verband nogmaals onderstreept dat de administratieve transparantie bijdraagt tot het daadwerkelijke karakter van de uitoefening van het recht van beroep van de bestuurden voor de Raad van State of voor de justitiële gerechten (het gaat dus om toegang tot de rechter) zodat mag worden vereist dat de (bijkomende) uitzondering wel degelijk noodzakelijk én proportioneel is in het licht van het nagestreefte doel en dat daarvan ook blijkt wordt gegeven in de parlementaire voorbereiding.

Op grond van de jurisprudentie van de internationale rechtscolleges, in het bijzonder van het EHRM en het Hof van Justitie, past het in herinnering te brengen dat, naast het bijdragen tot het daadwerkelijke karakter van de uitoefening van het recht op beroep of, anders gezegd, de toegang tot de rechter, de openbaarheid haar primaire oorsprong vindt in de vrijheid van meningsuiting (en de persvrijheid) waartoe het een middel is dat noodzakelijk is om die rechten te kunnen uitoefenen; zij het dat ook het recht op openbaarheid van overheidsinformatie geen absoluut recht is en de uitoefening ervan vereist dat andere evenzo fundamentele grondrechten worden

geëerbiedigd. Toch is de rechtspraak leerrijk die erop blijft hameren dat *grotere transparantie bijdraagt tot een betere deelneming van de burger aan het besluitvormingsproces en tot een grotere legitimiteit, meer doelmatigheid en verantwoordelijkheid van de overheid jegens de burger in een democratisch systeem waarin die laatste er overigens toe moet worden gebracht om aan dat democratisch besluitvormingsproces deel te nemen al was het om te vermijden dat hij ervan vervreemdt en/of er zich van afkeert*. Is het in die optiek niet verstandig uitzonderingen op openbaarheid c.q. geheimhouding te beperken zowel op het niveau van de wet die de uitzondering, algemeen en (soms) absoluut formuleert, als op het niveau van de toepassing ervan in geval van relatieve en facultatieve uitzonderingsgronden? Nog te veel geeft de bestuursoverheid die om informatie wordt verzocht, blijk van *drempelvrees* en lijkt ze ervan uit te gaan dat openbaarmaking haar (doelmatige en behoorlijke) besluitvorming belemmert terwijl zulks helemaal geen evidentie is.

Tot slot: het is jammer vast te stellen dat de wetgever, enkele uitzonderingen niet te na gesproken (inzonderheid op het vlak van het leefmilieu ingevolge onder meer het Verdrag van Aarhus), en juristen in het algemeen (en deze bijdrage ontsnapt daaraan niet) bitter weinig aandacht besteden aan actieve openbaarheid. Dat is jammer omdat actieve openbaarheid de transparantie beter lijkt te dienen en de gelijkheid (kan) bevorderen. Ze vermijdt alvast (beter dan de passieve openbaarheid) de spa-gaat tussen zij die geïnformeerd zijn en zij die het niet zijn; al blijven de twee wegen noodzakelijk én complementair.