



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 72.732/2
du 30 janvier 2023

advies 72.732/2
van 30 januari 2023

sur

over

un avant-projet de loi
'modifiant la loi du
11 avril 1994 relative à la
publicité de l'administration'

een voorontwerp van wet
'tot wijziging van de wet van
11 april 1994 betreffende de
openbaarheid van bestuur'

Le 13 décembre 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Intérieur, des Réformes institutionnelles et du Renouveau démocratique à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre le 30 janvier 2023. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Julien GAUL, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 30 janvier 2023.

*

Op 13 december 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Binnenlandse Zaken, Institutionele Hervormingen en Democratische Vernieuwing verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 30 januari 2023. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Christian BEHRENDT en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Julien GAUL, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 30 januari 2023.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉ PRÉALABLE

Il ressort de la délibération du Gouvernement du 2 décembre 2022 que l'avant-projet a été envoyé pour avis à l'Autorité de protection des données simultanément à la saisine de la section de législation du Conseil d'État.

Si l'accomplissement de cette formalité devait encore donner lieu à des modifications du texte soumis au Conseil d'État sur des points autres que de pure forme ou ne résultant pas également des suites réservées au présent avis, les dispositions modifiées ou ajoutées devraient être soumises à nouveau à l'avis de la section de législation conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

OBSERVATION GÉNÉRALE

La loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration', telle qu'elle est modifiée par l'avant-projet, présente des incohérences au niveau de la désignation des destinataires des obligations qu'elle détermine.

Il y a par exemple lieu de relever qu'en ce qui concerne la publicité active, les articles 3/1 à 3/4 en projet (articles 5 à 8 de l'avant-projet) sont applicables aux « instances administratives », qu'elles soient fédérales ou non¹. L'article 2 de la loi du 11 avril 1994, qui prévoit également certaines mesures en matière de publicité active, s'applique, quant à lui, dans sa version modifiée par les articles 3 et 4 de l'avant-projet, uniquement aux instances administratives fédérales.

S'agissant des obligations en matière de publicité passive, il convient d'observer que, si l'auteur de l'avant-projet à l'article 6, § 3, de la loi du 11 avril 1994, tel qu'il est modifié par l'article 10, 5^o, de l'avant-projet, entend permettre aux instances administratives non fédérales d'invoquer également les motifs facultatifs d'exception mentionnés à l'article 6, § 3, de la loi, un

[‡] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Cette applicabilité aux instances administratives non fédérales résulte de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b), de la loi du 11 avril 1994, dans les limites énoncées par cette disposition, ainsi rédigée en tenant compte de sa modification par l'article 2, 2^o, de l'avant-projet, selon lequel

« [l]a présente loi s'applique :

[...]

b) aux instances administratives autres que les instances administratives fédérales, mais uniquement dans la mesure où, pour des motifs relevant des compétences fédérales, la présente loi interdit ou limite la publicité de documents administratifs ».

certain nombre de dispositions relatives à la publicité passive resteront uniquement applicables aux instances administratives fédérales ².

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de vérifier si le bénéfice de ces dispositions ne devrait pas être également étendu aux instances administratives non fédérales dans la mesure où la loi du 11 avril 1994 leur est applicable conformément à son article 1^{er}, alinéa 1^{er}, b), et, le cas échéant, d'être en mesure de justifier la raison pour laquelle elles devraient en être exclues.

Il doit être tenu compte tout particulièrement à cet égard de ce que certaines autorités administratives décentralisées, spécialement celles des provinces, des collectivités supracommunales, des communes, des agglomérations et des fédérations de communes, peuvent également agir, pour bon nombre de leurs missions, en qualité d'organes déconcentrés de l'autorité fédérale, ainsi que le confirme l'article 6, § 1^{er}, VIII, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

Dès lors que, selon le commentaire de l'article, la démarche consiste à mentionner de manière expresse des personnes morales de droit public, en ce compris certaines recevant la qualification d'autorités administratives visées à l'article 14 des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État', comme étant couvertes par la notion d'« instance administrative », tel étant le cas de ces personnes de droit public aux *litterae* b) à e) de l'article 1^{er}, alinéa 2, 1^o, en projet (article 2, 3^o, de l'avant-projet) et que, pour certaines de ces personnes de droit public, aux *litterae* b), d), et e), il est précisé qu'elles n'y sont visées que « lorsqu'elles [ou ils] exercent des compétences fédérales », cette dernière précision doit également, dans un souci de sécurité juridique, figurer sous le *littera* c) de la même disposition.

Article 5

L'article 3/1 en projet énonce que

« [l]es instances administratives informent les citoyens de la réglementation fédérale et en particulier des droits et obligations qui en découlent ».

La notion de « réglementation fédérale » est large et peut théoriquement viser l'ensemble des normes issues de l'autorité fédérale.

Le commentaire de l'article fournit néanmoins l'explication suivante :

« Comme les instances administratives ont la plupart du temps leur propre site internet, il sera opportun de publier sur ce dernier au moins la réglementation relative à leurs compétences propres ».

² Voir par exemple les articles 4, 6, § 5, 7 à 9 et 11 de la loi du 11 avril 1994.

Le dispositif sera précisé à la lumière de cette explication de manière à mieux circonscrire l'obligation contenue dans l'article 3/1 en projet en ce qu'elle porte *a minima* sur les normes législatives et réglementaires fédérales relatives aux compétences de l'instance administrative concernée et en ce que la publicité active doit être assurée à tout le moins sur le site internet de l'instance administrative.

Article 6

1. À l'article 3/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, il est redondant d'exprimer à deux reprises que l'information doit être « pertinente ».

Par ailleurs, la section de législation n'aperçoit pas ce que l'auteur de l'avant-projet entend par information « comparable », ce qu'il convient de préciser.

Enfin, il y a lieu de relever une dissonance entre la version néerlandaise³ et la version française au sujet de la nature de l'obligation imposée aux instances administratives.

La rédaction de l'article 3/2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet sera revue à la lumière de ces observations.

2. L'article 3/2, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, en projet et § 2, alinéa 3, en projet semblent poursuivre le même objectif d'exiger des instances administratives de garantir, de réunir et de diffuser une information de qualité.

La rédaction de l'article 3/2 en projet sera simplifiée de manière à déterminer de manière plus ordonnée les obligations imposées dans le chef des instances administratives et ainsi à éviter que des obligations identiques ou analogues ne figurent dans deux subdivisions différentes de la disposition à l'examen.

Article 8

À l'article 3/4, alinéa 3, en projet, il convient de renvoyer à l'article 1^{er}, alinéa 2, 1^o, « f) » et non au *littera* « e) » de cette disposition.

Article 9

Le commentaire de l'article ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle l'article 3/5 en projet ne vise que les organes stratégiques mentionnés à l'article 1^{er}, alinéa 2, 1^o, f), en projet, à l'exclusion des autres instances administratives visées par l'avant-projet.

³ Celle-ci contient la précision selon laquelle l'information « *zo veel mogelijk geordend, accuraat, vergelijkbaar en geactualiseerd is* » (italiques ajoutés).

Par ailleurs, l'articulation entre la disposition examinée et l'obligation figurant à l'article 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994⁴, à laquelle seront également soumis ces organes stratégiques compte tenu de leur qualité d'instance administrative fédérale conformément à l'article 2, 3°, de l'avant-projet, est peu claire.

L'article 9 et son commentaire seront réexaminés à la lumière de ces observations et, le cas échéant, son commentaire sera complété.

Article 10

1. L'article 6, § 2, 5°, en projet (article 10, 3°, de l'avant-projet) prévoit que

« [l']instance administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif qui lui est adressée en application de la présente loi si la publication du document administratif porte atteinte :

[...]

5° au secret des documents administratifs portant sur l'exécution d'une stratégie politique entre des ministres/secrétaires d'État, entre un ministre/secrétaire d'État ou des ministres/secrétaires d'État et les membres de leurs organes stratégiques, des organes stratégiques entre eux, entre des ministres/secrétaires d'État et/ou organes stratégiques et leur administration ou entre des ministres/secrétaires d'État et/ou organes stratégiques et un parti politique, ou qui sont inachevés, incomplets, uniquement préparatoires ou non exécutoires ».

Le commentaire de l'article précise ce qui suit :

« [U]n nouveau motif d'exception est inséré dans le paragraphe 2 de l'article 6. Corollaire de l'ajout des organes stratégiques dans le champ d'application de la loi, ce motif d'exception vise à permettre à une instance administrative de rejeter une demande de consultation, d'explication, ou de communication d'un document administratif, lorsque cette publication porte atteinte 'au secret des documents administratifs portant sur l'exécution d'une stratégie politique, entre un ministre/secrétaire d'État ou des ministres/secrétaires d'État et les membres de leurs organes stratégiques, ou des organes stratégiques entre eux, ou entre des ministres/secrétaires d'État et/ou leur organe stratégique et leur administration ou entre des ministres/secrétaires d'État et/ou organes stratégiques et un parti politique' ou quand ce document est 'inachevé, incomplet, uniquement préparatoire ou non exécutoire' ».

En effet, la transparence ne doit pas non plus être appliquée au point que toute communication qui a lieu entre un (des) ministre(s)/secrétaire(s) d'État et son (leurs) organe(s) stratégique(s), ou entre différents organes stratégiques, ou entre un ministre/secrétaire d'État et/ou son organe stratégique et son administration ou entre un ministre/secrétaire d'État et/ou son organe stratégique et un parti politique doive faire l'objet de publicité. Certaines informations relatives à l'exécution d'une stratégie politique doivent toujours pouvoir bénéficier de la confidentialité. Dans certains cas, ce motif d'exception sera combiné avec celui qui prévoit le rejet des demandes visant des documents administratifs dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé

⁴ « 2° chaque instance administrative fédérale publie et tient à disposition de toute personne qui le demande un document décrivant ses compétences et l'organisation de son fonctionnement ».

ou incomplet. L'objectif est d'éviter que les documents diffusés, plutôt que d'assurer la transparence, soient source de méprise ou de confusion pour les citoyens ».

La question se pose de savoir si les motifs d'exception figurant à l'article 6, § 2, 2° et 3°⁵, et § 3, 1°⁶, de la loi du 11 avril 1994 ne sont pas suffisants pour répondre à la préoccupation exprimée.

Il convient à cet égard de souligner que l'auteur de l'avant-projet établit lui-même, dans le commentaire de l'article, un lien entre le motif d'exception en projet et celui figurant à l'article 6, § 3, 1°, de la loi du 11 avril 1994 :

« Dans certains cas, ce motif d'exception sera combiné avec celui qui prévoit le rejet des demandes visant des documents administratifs dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet. L'objectif est d'éviter que les documents diffusés, plutôt que d'assurer la transparence, soient source de méprise ou de confusion pour les citoyens ».

Il en va de même en ce qui concerne le motif d'exception prévu à l'article 6, § 2, 3°, de la loi du 11 avril 1994, comme cela ressort de la note au Conseil des ministres :

« Afin de respecter la confidentialité nécessaire de certains documents des organes stratégiques, un nouveau motif d'exception spécifique est néanmoins ajouté par le présent avant-projet à l'article 6 de la loi, en ce qui concerne le secret des documents administratifs qui portent sur l'exécution d'une stratégie politique, échangés entre des ministres/secrétaires d'État, entre un ministre/secrétaire d'État et son organe stratégique ou entre les organes stratégiques eux-mêmes ou entre ministre/secrétaire d'État et son organe stratégique et son administration ou qui sont inachevés, incomplets uniquement préparatoires ou non exécutables.

Pour être complet, il peut enfin encore être fait référence au motif d'exception déjà existant à l'article 6, § 2, 3° de la loi du 11 avril 1994, sur la base duquel l'autorité administrative rejette la demande de publicité de l'administration si la publication porte préjudice au secret des délibérations du gouvernement fédéral et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif fédéral ou auxquelles une autorité fédérale est associée ».

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de s'assurer de la nécessité du motif d'exception en projet en précisant notamment dans le commentaire de l'article les raisons pour lesquelles les motifs d'exception précités ne seraient pas suffisants pour atteindre l'objectif poursuivi tel qu'il est exposé dans le commentaire des articles.

⁵ Dans sa version actuelle :

« Art. 6. § 2. L'autorité administrative fédérale ou non fédérale rejette la demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif qui lui est adressée en application de la présente loi si la publication du document administratif porte atteinte :
[...]

2° à une obligation de secret instaurée par la loi ;

3° au secret des délibérations du Gouvernement fédéral et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif fédéral ou auxquelles une autorité fédérale est associée ».

⁶ Dans sa version actuelle :

« Art. 6. § 3. L'autorité administrative fédérale peut rejeter une demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif dans la mesure où la demande :

1° concerne un document administratif dont la divulgation peut être source de méprise, le document étant inachevé ou incomplet ».

2. Sous réserve de ce qui précède, il y a lieu d'observer ce qui suit.

Inséré à l'article 6, § 2, de la loi du 11 avril 1994 ⁷, l'exception prévue par le 5° en projet, en tant qu'elle vise les « documents inachevés, incomplets, uniquement préparatoires ou non exécutables », revêt un caractère absolu.

Aux fins d'établir le caractère proportionné de ce motif d'exception en projet, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de préciser les raisons pour lesquelles il estime nécessaire d'insérer ce motif dans la liste des exceptions obligatoires figurant à l'article 6, § 2, de la loi du 11 avril 1994 plutôt que dans la liste des exceptions facultatives figurant à l'article 6, § 3, de la même loi.

3. Il ressort du commentaire de l'article 10, 3°, de l'avant-projet que l'exception visée à l'article 6, § 2, 6°, en projet ne s'applique que dans l'hypothèse où une procédure est pendante devant une juridiction habilitée à ordonner la production des documents demandés.

Tel qu'il est actuellement rédigé, le motif d'exception en projet pourrait laisser entendre qu'il s'appliquerait également aux procédures administratives non juridictionnelles, comme par exemple un recours administratif, ce qui n'est manifestement pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

La rédaction du motif d'exception en projet sera précisée afin de mieux rendre compte de l'intention exprimée dans le commentaire de l'article ⁸.

4. À l'article 6, § 3, alinéa 2, en projet (article 10, 6°, de l'avant-projet), la situation dans laquelle le demandeur omet de préciser ou de compléter sa demande malgré la sollicitation de l'instance administrative sera, par souci de sécurité juridique, expressément envisagée.

Article 13

L'article 13 dispose comme suit :

« La loi s'applique à tous les documents administratifs établis après la date d'entrée en vigueur visée à l'article 12.

Tous les documents administratifs établis et les demandes de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif, visées à l'article 5 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration,

⁷ À titre de comparaison, le motif d'exception figurant à l'article 6, § 3, 1°, de la loi du 11 avril 1994, lequel présente un objectif similaire à celui en projet, constitue une exception facultative, qui permet, mais n'impose pas, à l'autorité de refuser l'accès à un document.

⁸ Voir, à titre de comparaison, l'article 27, § 1^{er}, 5°, de la loi du 5 août 2006 'relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement', aux termes duquel

« [l'instance environnementale] rejette la demande si l'intérêt du public servi par la publicité ne l'emporte pas sur la protection d'un des intérêts suivants :

5° la procédure d'un procès civil ou administratif et la possibilité pour toute personne d'être jugée équitablement ».

posées avant la date visée à l'article 12, restent soumises aux règles applicables avant cette date ».

Le commentaire de l'article précise ce qui suit :

« Il convient de rappeler que la non-rétroactivité des actes législatifs et des actes administratifs est la règle.

En ce qui concerne les actes législatifs, la Cour constitutionnelle a décidé à plusieurs reprises que 'la non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que chacun puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise' ⁹.

Par conséquent, la présente loi ne s'applique qu'à partir de son entrée en vigueur prévue à l'article 10 et uniquement pour le futur.

Pour cette raison et dans un souci de sécurité juridique, il est en outre expressément prévu dans le dernier article en projet que la loi ne s'applique qu'à tous les documents administratifs établis après la date d'entrée en vigueur prévue à l'article 12.

Également pour ces raisons, en ce qui concerne les demandes d'inspection, d'explication ou de communication en copie d'un document de référence, au sens de l'article 5 de la loi du 11 avril 1994, faites avant la date d'entrée en vigueur de la loi, il est expressément stipulé que celles-ci restent soumises aux règles applicables avant cette date. Les nouvelles règles de la présente loi peuvent difficilement s'appliquer (pleinement) aux demand[e]s qui avaient déjà été posées avant ou à la date d'entrée en vigueur de celle-ci ».

La section de législation n'aperçoit pas en quoi le principe de non-rétroactivité des actes législatifs ferait obstacle à l'application des dispositions de l'avant-projet à une demande d'accès à un document administratif formulée après sa date d'entrée en vigueur, qu'elle porte sur des documents administratifs établis après cette date ou non.

Par ailleurs, à supposer même qu'il puisse être question de rétroactivité dans cette hypothèse, il convient de rappeler qu'elle peut se justifier si elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général ¹⁰.

Or, permettre aux citoyens d'accéder à un nombre plus important de documents administratifs répond indéniablement à cette exigence.

Les éléments avancés dans le commentaire de l'article pour justifier l'adoption de la mesure transitoire en projet ne sont dès lors pas convaincants.

⁹ Note de bas de page n° 10 du commentaire de l'article : Cour constitutionnelle, n° 189/2002, B.12.2 ; n° 193/2004, B.8.2 ; n° 25/2005, B.8.2 ; n° 177/2005, B.12.2.

¹⁰ C.C., 23 juin 2022, n° 85/2022, B.10.2.

L'auteur de l'avant-projet est invité à revoir cette disposition et à mieux motiver notamment la différence de traitement qu'elle crée entre la personne qui formule une demande d'accès concernant un document établi avant l'entrée en vigueur de l'avant-projet et celle dont la demande consiste à accéder à un document établi après celle-ci et ce, compte tenu du caractère fondamental du droit consacré par l'article 32 de la Constitution.

*

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAAND VORMVEREISTE

Uit het overleg binnen de regering van 2 december 2022 blijkt dat het voorontwerp om advies naar de Gegevensbeschermingsautoriteit overgezonden is tegelijk met de adiëring van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

Indien de aan de Raad van State voorgelegde tekst naar aanleiding van het vervullen van voornoemd vormvereiste nog andere dan louter vormelijke wijzigingen zou ondergaan of wijzigingen die niet eveneens zouden voortvloeien uit het gevolg dat aan dit advies gegeven wordt, zouden de gewijzigde of toegevoegde bepalingen opnieuw om advies aan de afdeling Wetgeving voorgelegd moeten worden, overeenkomstig artikel 3, § 1, eerste lid, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’.

ALGEMENE OPMERKING

Zoals de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ bij het voorontwerp gewijzigd wordt, vertoont ze inconsistenties wat de aanwijzing betreft van degenen die gehouden zijn aan de verplichtingen die daarbij bepaald worden.

Zo dient opgemerkt te worden dat, wat de actieve openbaarheid betreft, de ontworpen artikelen 3/1 tot 3/4 (artikelen 5 tot 8 van het voorontwerp) van toepassing zijn op de “administratieve instanties”, ongeacht of ze federaal zijn of niet.¹ Artikel 2 van de wet van 11 april 1994, dat eveneens voorziet in bepaalde maatregelen inzake actieve openbaarheid, geldt, zijnerzijds, in de bij de artikelen 3 en 4 van het voorontwerp gewijzigde versie, alleen voor de federale administratieve instanties.

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

¹ Dat die artikelen van toepassing zijn op de niet-federale administratieve instanties vloeit voort uit artikel 1, eerste lid, b), van de wet van 11 april 1994, binnen de grenzen aangegeven in die bepaling, die, gelet op de wijziging ervan bij artikel 2, 2°, van het voorontwerp, als volgt luidt:

“Deze wet is van toepassing:

(...)

b) op de administratieve instanties andere dan de federale administratieve instanties doch slechts in de mate dat deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt.”

Wat de verplichtingen inzake passieve openbaarheid betreft, dient opgemerkt te worden dat, hoewel de steller van het voorontwerp in artikel 6, § 3, van de wet van 11 april 1994, zoals die bepaling gewijzigd wordt bij artikel 10, 5°, van het voorontwerp, aan de niet-federale administratieve instanties de mogelijkheid wil bieden eveneens een beroep te doen op de facultatieve uitzonderingsgronden vermeld in artikel 6, § 3, van de wet, een aantal bepalingen in verband met de passieve openbaarheid alleen op de federale administratieve instanties van toepassing zullen blijven.²

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of de werkingssfeer van die bepalingen niet eveneens uitgebreid zou moeten worden tot de niet-federale administratieve instanties, aangezien de wet van 11 april 1994 op hen van toepassing is overeenkomstig artikel 1, eerste lid, b), ervan, terwijl hij, in voorkomend geval, moet kunnen verantwoorden waarom die instanties buiten die werkingssfeer gehouden zouden moeten worden.

In dat verband moet heel in het bijzonder rekening gehouden worden met de omstandigheid dat bepaalde gedecentraliseerde administratieve overheden, in het bijzonder die van de provincies, de bovengemeentelijke besturen, de gemeenten, de agglomeraties en de federaties van gemeenten, eveneens, wat een groot aantal van hun opdrachten betreft, kunnen handelen als gedeconcentreerde organen van de federale overheid, zoals blijkt uit artikel 6, § 1, VIII, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

Aangezien het, luidens de bespreking van het artikel, de bedoeling is om uitdrukkelijk melding te maken van de publiekrechtelijke rechtspersonen, met inbegrip van bepaalde ervan die bestempeld worden als administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’ en die vallen onder het begrip “administratieve instantie”, wat het geval is voor die publiekrechtelijke rechtspersonen vermeld in de bepalingen onder b) tot e) van het ontworpen artikel 1, tweede lid, 1°, (artikel 2, 3°, van het voorontwerp) en aangezien, voor bepaalde van die publiekrechtelijke rechtspersonen, in de bepalingen onder b), d), en e), gepreciseerd wordt dat daarnaar alleen verwezen wordt “wanneer zij federale bevoegdheden uitoefenen”, moet die precisering ter wille van de rechtszekerheid eveneens opgenomen worden in het ontworpen artikel 1, tweede lid, 1°, c).

Artikel 5

Het ontworpen artikel 3/1 luidt als volgt:

“De administratieve instanties informeren de burgers over de federale regelgeving en in het bijzonder over de daaruit voortvloeiende rechten en plichten.”

² Zie bijvoorbeeld de artikelen 4, 6, § 5, 7 tot 9 en 11 van de wet van 11 april 1994.

Het begrip “federale regelgeving” is ruim en kan in theorie verwijzen naar alle normen die van de federale overheid uitgaan.

In de bespreking van het artikel staat echter de volgende uitleg:

“Aangezien de administratieve instanties meestal hun eigen website hebben, is het aangewezen om daarop minstens de regelgeving betreffende hun eigen bevoegdheden te publiceren.”

Het dispositief moet in het licht van die uitleg aldus verduidelijkt worden dat de in het ontworpen artikel 3/1 vervatte verplichting beter afgebakend wordt in die zin dat ze minimaal betrekking heeft op de wettelijke en reglementaire federale normen in verband met de bevoegdheden van de administratieve instantie in kwestie en in die zin dat op zijn minst op de website van de administratieve instantie voor actieve openbaarheid gezorgd moet worden.

Artikel 6

1. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 3/2, § 1, eerste lid, wordt ten overvloede twee keer bepaald dat met “pertinente” informatie gewerkt dient te worden.

Daarenboven ziet de afdeling Wetgeving niet in wat de steller van het voorontwerp bedoelt met informatie die “vergelijkbaar” is. Dat moet verduidelijkt worden.

Ten slotte dient opgemerkt te worden dat er een discrepantie bestaat tussen de Nederlandse³ en de Franse tekst aangaande de aard van de aan de administratieve instanties opgelegde verplichting.

De redactie van het ontworpen artikel 3/2, § 1, eerste lid, moet in het licht van deze opmerkingen herzien worden.

2. Met het ontworpen artikel 3/2, § 1, eerste en tweede lid, en § 2, derde lid, wordt blijkbaar hetzelfde doel nagestreefd, namelijk van de administratieve instanties eisen dat ze kwaliteitsvolle informatie waarborgen, verzamelen en verspreiden.

De tekst van het ontworpen artikel 3/2 moet aldus vereenvoudigd worden dat de verplichtingen die aan de administratieve instanties opgelegd worden op een meer geordende wijze bepaald worden en dat aldus voorkomen wordt dat identieke of soortgelijke verplichtingen vermeld worden in twee verschillende onderdelen van de voorliggende bepaling.

³ Daarin staat dat de informatie “zo veel mogelijk geordend, accuraat, vergelijkbaar en geactualiseerd is” (eigen cursivering).

Artikel 8

In het ontworpen artikel 3/4, derde lid, dient naar artikel 1, tweede lid, 1°, “f)” verwezen te worden in plaats van naar artikel 1, tweede lid, 1°, “e)”.

Artikel 9

Uit de bespreking van het artikel valt niet op te maken waarom in het ontworpen artikel 3/5 alleen verwezen wordt naar de beleidsorganen vermeld in het ontworpen artikel 1, tweede lid, 1°, f), met uitsluiting van de overige in het voorontwerp beoogde administratieve instanties.

Bovendien is niet helemaal duidelijk hoe de voorliggende bepaling samenhangt met de in artikel 2, 2°, van de wet van 11 april 1994 vervatte verplichting⁴, waaraan die beleidsorganen eveneens onderworpen zullen worden, gelet op hun hoedanigheid van federale administratieve instantie overeenkomstig artikel 2, 3°, van het voorontwerp.

Artikel 9 en de bespreking ervan moeten in het licht van deze opmerkingen herzien worden en de bespreking moet, in voorkomend geval, aangevuld worden.

Artikel 10

1. Het ontworpen artikel 6, § 2, 5°, (artikel 10, 3°, van het voorontwerp) luidt als volgt:

“Een federale of niet-federale administratieve instantie wijst de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument, die met toepassing van deze wet is gedaan, af, wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet:

(...)

5° aan de geheimhouding van de bestuursdocumenten houdende uitvoering van een beleidsstrategie tussen ministers/staatssecretarissen onderling, tussen een minister/staatssecretaris of ministers/staatssecretarissen en de leden van hun beleidsorganen, tussen beleidsorganen onderling, tussen ministers/staatssecretarissen en/of beleidsorganen en hun administratie of tussen ministers/staatssecretarissen en/of beleidsorganen en een politieke partij, of die niet af, onvolledig, louter voorbereidend of niet uitvoerbaar zijn;”.

In de bespreking van het artikel staat het volgende:

“[Er] wordt (...) een nieuwe uitzonderingsgrond ingevoegd in paragraaf 2 van artikel 6, Als logisch gevolg van de toevoeging van de beleidsorganen aan het toepassingsgebied van de wet, strekt deze uitzonderingsgrond ertoe een administratieve instantie de mogelijkheid te bieden een vraag om inzage, uitleg of mededeling van een bestuursdocument af te wijzen wanneer deze openbaarmaking afbreuk doet ‘aan de geheimhouding van de bestuursdocumenten houdende de uitvoering van een beleidsstrategie, tussen een minister/staatssecretaris of ministers/staatssecretarissen en de

⁴ “2° (...) elke federale administratieve instantie [publiceert] een document met de beschrijving van haar bevoegdheden en haar interne organisatie; dit document wordt ter beschikking gesteld van eenieder die erom vraagt”.

leden van hun beleidsorganen of tussen beleidsorganen onderling of tussen ministers/staatssecretarissen en/of hun beleidsorgaan en hun administratie of tussen ministers/staatssecretarissen en/of beleidsorganen en een politieke partij' of wanneer dit document 'niet af, onvolledig, louter voorbereidend of niet uitvoerbaar' is.

De transparantie hoeft immers ook niet in die mate te worden toegepast dat alle communicatie die plaatsvindt tussen (een) minister(s)/staatssecretaris(sen) en zijn (hun) beleidsorga(a)n(en), of tussen verschillende beleidsorganen, of tussen een minister/staatssecretaris en/of zijn beleidsorgaan en zijn administratie, of tussen een minister/staatssecretaris en/of zijn beleidsorgaan en een politieke partij openbaar moet worden gemaakt. Bepaalde informatie met betrekking tot de uitvoering van een beleidsstrategie moet immers altijd vertrouwelijk kunnen blijven. In bepaalde gevallen zal deze uitzonderingsgrond worden gecombineerd met deze die voorziet in het afwijzen van de vragen die bestuursdocumenten betreffen waarvan de openbaarmaking tot misvatting kan leiden doordat het document niet af of onvolledig is. Het doel is dan eerder vermijden dat de verspreide documenten aanleiding geven tot misvatting of verwarring bij de burgers, dan transparantie te waarborgen.”

De vraag rijst of de uitzonderingsgronden vermeld in artikel 6, § 2, 2° en 3°,⁵ en § 3, 1°,⁶ van de wet van 11 april 1994 niet volstaan om tegemoet te komen aan de tot uiting gebrachte bezorgdheid.

Er dient in dat verband benadrukt te worden dat de steller van het voorontwerp zelf in de bespreking van het artikel een verband legt tussen de ontworpen uitzonderingsgrond en de uitzonderingsgrond vermeld in artikel 6, § 3, 1°, van de wet van 11 april 1994:

“In bepaalde gevallen zal deze uitzonderingsgrond worden gecombineerd met deze die voorziet in het afwijzen van de vragen die bestuursdocumenten betreffen waarvan de openbaarmaking tot misvatting kan leiden doordat het document niet af of onvolledig is. Het doel is dan eerder vermijden dat de verspreide documenten aanleiding geven tot misvatting of verwarring bij de burgers, dan transparantie te waarborgen.”

Hetzelfde geldt wat de uitzonderingsgrond betreft waarvan sprake is in artikel 6, § 2, 3°, van de wet van 11 april 1994, zoals blijkt uit de nota aan de Ministerraad:

“Om de noodzakelijke vertrouwelijkheid van bepaalde documenten van de beleidsorganen te respecteren, werd in dit voorontwerp niettemin een nieuwe specifieke uitzonderingsgrond toegevoegd aangaande de geheimhouding van de bestuursdocumenten die betrekking hebben op de uitvoering van een beleidsstrategie en worden uitgewisseld tussen ministers/staatssecretarissen, tussen een minister/staatssecretaris en zijn beleidsorgaan of tussen beleidsorganen onderling of tussen de minister/staatssecretaris en

⁵ Welke bepaling thans als volgt luidt:

“Art. 6. § 2. Een federale of niet-federale administratieve overheid wijst de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument, die met toepassing van deze wet is gedaan, af, wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet:

(...)

2° aan een bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting;

3° 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.”

⁶ Welke bepaling thans als volgt luidt:

“Art. 6. § 3. Een federale administratieve overheid mag een vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument 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.”

diens beleidsorgaan en zijn administratie of die niet af, onvolledig, louter voorbereidend of niet uitvoerbaar zijn.

Voor de volledigheid kan tot slot nog worden verwezen naar de reeds bestaande uitzonderingsgrond uit artikel 6, §2, 3° van de Wet van 11 april 1994, op basis waarvan de administratieve overheid het verzoek tot openbaarheid van bestuur afwijst, wanneer de openbaarmaking afbreuk doet 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.”

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of de ontworpen uitzonderingsgrond wel nodig is door inzonderheid in de bespreking van dit artikel op te geven om welke redenen de voornoemde uitzonderingsgronden niet zouden volstaan om het daarin vermelde doel te bereiken.

2. Onder voorbehoud van het voorgaande dient het volgende opgemerkt te worden.

De uitzonderingsgrond waarvan sprake is in de ontworpen bepaling onder 5° wordt ingevoegd in artikel 6, § 2, van de wet van 11 april 1994⁷ en betreft documenten die “niet af, onvolledig, louter voorbereidend of niet uitvoerbaar zijn” en heeft derhalve een absoluut karakter.

Om aan te tonen dat die ontworpen uitzonderingsgrond niet disproportioneel is, dient de steller van het voorontwerp de redenen op te geven waarom hij het nodig acht die uitzonderingsgrond in te voegen in de lijst van verplichte uitzonderingen vervat in artikel 6, § 2, van de wet van 11 april 1994, in plaats van in de lijst van facultatieve uitzonderingen vervat in artikel 6, § 3, van dezelfde wet.

3. Uit de bespreking van artikel 10, 3°, van het voorontwerp blijkt dat de uitzondering vermeld in het ontworpen artikel 6, § 2, 6°, alleen van toepassing is in het geval waarin een procedure aanhangig is bij een rechtscollege dat bevoegd is om de overlegging van de gevraagde documenten te bevelen.

Zoals de ontworpen uitzonderingsgrond thans gesteld is, zou die de indruk kunnen wekken dat die ook van toepassing is op de niet jurisdictionele administratieve procedures, zoals bijvoorbeeld een administratief beroep, hetgeen klaarblijkelijk niet de bedoeling is van de steller van het voorontwerp.

De ontworpen uitzonderingsgrond dient preciezer gesteld te worden teneinde de bedoeling die in de bespreking van dit artikel verwoord wordt beter weer te geven.⁸

⁷ Ter vergelijking: de uitzonderingsgrond waarvan sprake is in artikel 6, § 3, 1°, van de wet van 11 april 1994, en waarmee een soortgelijk doel nagestreefd wordt als met de ontworpen uitzonderingsgrond, vormt een facultatieve uitzondering die de overheid de mogelijkheid biedt, maar niet verplicht, om de toegang tot een document te verbieden.

⁸ Zie ter vergelijking artikel 27, § 1, 5°, van de wet van 5 augustus 2006 ‘betreffende de toegang van het publiek tot milieu-informatie’, waarin het volgende bepaald wordt:

“[De milieu-instantie] wijst de aanvraag af als het publiek belang van de openbaarmaking niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen:

5° de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid voor eenieder om een eerlijk proces te verkrijgen.”

4. In het ontworpen artikel 6, § 3, tweede lid (artikel 10, 6°, van het voorontwerp) dient ter wille van de rechtszekerheid uitdrukkelijk melding gemaakt te worden van de situatie waarin de aanvrager nalaat om zijn aanvraag te verduidelijken of te vervolledigen ondanks het verzoek van de administratieve instantie.

Artikel 13

Artikel 13 luidt als volgt:

“De wet is van toepassing op alle bestuursdocumenten die worden opgesteld na de datum van inwerkingtreding bedoeld in artikel 12.

Alle bestuursdocumenten opgesteld en vragen om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument, bedoeld in artikel 5 van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, gesteld voor de datum bedoeld in artikel 12, blijven onderworpen aan de regels die van toepassing waren vóór die datum.”

In de bespreking van het artikel staat het volgende:

“Er dient aan te worden herinnerd dat de niet-retroactiviteit van wetgevingshandelingen en bestuurshandelingen de regel is.

Wat de wetgevingshandelingen betreft, oordeelde het Grondwettelijk Hof herhaald dat *‘de niet-retroactiviteit van de wetten een waarborg is die tot doel heeft rechtsonzekerheid te voorkomen. Die waarborg vereist dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat eenieder de gevolgen van een bepaalde handeling in redelijke mate kan voorzien op het ogenblik dat die handeling wordt gesteld’*.⁹

Bijgevolg is deze wet pas van toepassing vanaf de inwerkingtreding ervan bepaald in artikel 10 en uitsluitend voor de toekomst.

Om die reden en in het licht van de rechtszekerheid wordt in het laatste ontworpen artikel bijkomend uitdrukkelijk bepaald dat de wet slechts van toepassing is op alle bestuursdocumenten die worden opgesteld na de datum van inwerkingtreding bepaald in artikel 12.

Eveneens om die redenen wordt, voor wat betreft de bestuursdocumenten, alsook de vragen om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument, in de zin van artikel 5 van de wet van 11 april 1994, die worden gesteld voor de datum van inwerkingtreding van de wet, uitdrukkelijk bepaald dat deze onderworpen blijven aan de regels die van toepassing waren vóór die datum. De nieuwe regels van deze wet kunnen immers bezwaarlijk van toepassing zijn op de vragen die reeds werden gesteld voor of op de datum van inwerkingtreding ervan”.

De afdeling Wetgeving ziet niet in waarom het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetgevingshandelingen eraan in de weg zou staan dat de bepalingen van het voorontwerp van toepassing zouden zijn op een vraag om toegang tot een bestuursdocument gesteld na de datum van inwerkingtreding ervan, ongeacht of het gaat om bestuursdocumenten die al dan niet na die datum opgesteld zijn.

⁹ Voetnoot 9 van de artikelsgewijze bespreking: Grondwettelijk Hof, nr. 189/2002, B.12.2; nr. 193/2004, B.8.2; nr. 25/2005, B.8.2; nr. 177/2005, B.12.2.

Gesteld zelfs dat er in dat geval sprake zou zijn van terugwerkende kracht, dient er voorts aan herinnerd te worden dat terugwerking verantwoord kan zijn indien ze absoluut noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang.¹⁰

Burgers de mogelijkheid bieden om toegang te krijgen tot een groter aantal bestuursdocumenten beantwoordt evenwel ontegensprekelijk aan dat vereiste.

De gegevens die in de bespreking van dit artikel aangevoerd worden ter verantwoording van de ontworpen overgangsmaatregel overtuigen derhalve niet.

De steller van het voorontwerp wordt verzocht om die bepaling te herzien en te voorzien in een betere motivering van inzonderheid het verschil in behandeling die met die bepaling tot stand gebracht wordt tussen de persoon die een vraag om toegang formuleert met betrekking tot een document dat opgesteld is vóór de inwerkingtreding van het voorontwerp en de persoon die een vraag formuleert om toegang te krijgen tot een document dat opgesteld is na die datum van inwerkingtreding, gelet op de fundamentele aard van het recht dat verankerd is in artikel 32 van de Grondwet.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

¹⁰ GwH 23 juni 2022, nr. 85/2022, B.10.2.