



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 73.479/4
du 7 juin 2023

advies 73.479/4
van 7 juni 2023

sur

over

une proposition de loi
‘modifiant la loi du
21 mars 1991 portant réforme
de certaines entreprises
publiques économiques en vue
d’élargir la publicité de
l’administration en ce qui
concerne l’exécution des
contrats de gestion’

een wetsvoorstel ‘tot wijziging
van de wet van 21 maart 1991
betreffende de hervorming van
sommige economische
overheidsbedrijven teneinde
de openbaarheid van bestuur
met betrekking tot de
uitvoering van
beheerscontracten te
verruimen’

Le 20 avril 2023, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques en vue d'élargir la publicité de l'administration en ce qui concerne l'exécution des contrats de gestion', déposée par M. Tomas ROGGEMAN et consorts (*Doc. parl.*, Chambre, 2022-2023, n° 55-3198/001).

La proposition a été examinée par la quatrième chambre le 7 juin 2023. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Julien GAUL, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 7 juin 2023.

*

Op 20 april 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een wetsvoorstel 'tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven teneinde de openbaarheid van bestuur met betrekking tot de uitvoering van beheerscontracten te verruimen', ingediend door de heer Tomas Roggeman c.s. (*Parl.St.*, Kamer, 2022-2023, nr 55-3198/001).

Het voorstel is door de vierde kamer onderzocht op 7 juni 2023. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Luc CAMBIER en Bernard BLERO, staatsraden, Christian BEHRENDT en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, 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 Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 7 juni 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 la proposition[‡], 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, la proposition appelle les observations suivantes.

EXAMEN DE LA PROPOSITION

1. L'article 2 de la proposition entend insérer, dans le titre I^{er}, chapitre II, de la loi du 21 mars 1991 'portant réforme de certaines entreprises publiques économiques', une section III « Publicité de l'administration », comportant l'article 6*bis*, qui énonce ce qui suit :

« Les entreprises publiques autonomes ne peuvent rejeter aucune demande de consultation, d'explication ou de communication sous forme de copie d'un document administratif exécutant leurs contrats de gestion respectifs sur la base de l'article 6, § 1^{er}, 2^o à 3^o et 5^o à 8^o, ou de l'article 6, §§ 2 et 3, de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration ».

2. Les entreprises publiques autonomes¹ constituent des autorités administratives pour ce qui concerne les décisions qu'elles adoptent dans le cadre de leurs missions d'intérêt public et sont, dans cette mesure, soumises à la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration'².

Le contrat de gestion conclu entre l'État et une entreprise publique autonome a pour objet de déterminer, conformément à l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991,

« [l]es règles et conditions spéciales selon lesquelles une entreprise publique autonome exerce les missions de service public qui lui sont confiées par la loi »³.

Les documents administratifs qui exécutent un contrat de gestion d'une entreprise publique autonome sont donc en principe soumis à la loi du 11 avril 1994.

[‡] S'agissant d'une proposition de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ À savoir, conformément à l'article 1^{er}, § 4, de la loi du 21 mars 1991 'portant réforme de certaines entreprises publiques économiques', Proximus, la SNCB, Infrabel, bpost et Skeyes.

² Voir, par exemple, CADA fédérale, avis du 20 octobre 2022, n° 2022-68, au sujet de la SNCB. Voir également les autres exemples donnés par MOSSOUX Y., « Chapitre 2 – La notion d'autorité administrative » in Michiels V. (dir.), *La publicité de l'administration*, 1^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 74 et s.

³ Le paragraphe 2 de cette disposition détaille ce que doit régler le contrat de gestion de ces entreprises. Voir cependant, en ce qui concerne Proximus, l'article 58 de la loi du 21 mars 1991 qui énonce : « Par dérogation à l'article 3, le contrat de gestion entre l'État et Proximus porte exclusivement sur les missions d'intérêt général visées à l'article 106 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ».

3.1. Le régime d'accès aux documents administratifs proposé est plus étendu que celui qui est organisé par la loi du 11 avril 1994 en ce sens que les entreprises publiques autonomes ne pourraient plus invoquer, contrairement aux autres autorités administratives, certains motifs d'exception pour refuser la divulgation des documents administratifs exécutant leurs contrats de gestion.

L'objectif ainsi poursuivi est, au regard de l'article 32 de la Constitution ⁴, légitime.

Les auteurs de la proposition doivent néanmoins être en mesure de justifier, au regard du principe d'égalité et de non-discrimination, que la différence de traitement qui résulte du régime proposé, repose sur un critère objectif et est raisonnablement justifiée. Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ⁵.

Compte tenu de la diversité des intérêts protégés par les motifs d'exception dont la suppression est envisagée par la proposition ⁶, des considérations générales qui ont trait à l'autonomie des entreprises publiques autonomes, telles celles figurant dans les développements de la proposition, ne suffisent pas à justifier cette différence de traitement.

Pour satisfaire aux exigences du principe d'égalité et de non-discrimination, les auteurs de la proposition doivent être en mesure de démontrer qu'au regard de la nature ou des activités des entreprises publiques autonomes, la publicité des documents administratifs exécutant leurs contrats de gestion doit systématiquement primer, indépendamment d'une mise en balance des intérêts en présence au regard des circonstances de l'espèce, sur chacun des intérêts protégés par les motifs d'exception en cause ⁷.

Les développements de la proposition ne permettent cependant pas de conclure qu'il est satisfait en l'espèce à l'exigence de proportionnalité inhérente au contrôle du respect du principe d'égalité et de non-discrimination.

⁴ Sur la portée de l'article 32 de la Constitution, voir C.C. n° 39/2023 du 9 mars 2023, considérants B.9.1 à B.9.8.

⁵ Voir, pour un exemple d'application du principe d'égalité dans le contexte de l'accès aux documents administratifs, C.C., 29 novembre 2018, n° 167/2018, B.10.1, B.10.2 et B.14.

⁶ Par exemple, l'exception figurant à l'article 6, § 2, 4°, de la loi du 11 avril 1994 entend protéger des intérêts qui relèvent de la souveraineté étatique. Cette exception tend d'ailleurs à protéger des intérêts qui le sont déjà, du moins en partie, d'une autre manière à l'article 6, § 1^{er}, 4°, de la loi du 11 avril 1994 (voir, en ce sens, l'avis CADA fédérale, du 16 avril 2012, n° 2012-28, p. 5) que les auteurs de la proposition n'entendent pas supprimer. Les exceptions reprises à l'article 6, § 3, de la loi du 11 avril 1994 sont quant à elles principalement justifiées par la fluidité de l'action administrative. Voir à cet égard, DE BROUX P.-O., DE JONGHE, D., SIMAR R. et VANDERSTRAETEN M., « Chapitre 4 – Les exceptions à la publicité des documents administratifs » in MICHIELS V. (dir.), *La publicité de l'administration*, 1^{re} édition, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 133-192.

⁷ Ce qui nécessite d'identifier au préalable les intérêts concrètement protégés par les motifs d'exception en question, en particulier pour les motifs de refus génériques comme celui relatif aux « libertés et [aux] droits fondamentaux des administrés » (article 6, § 1^{er}, 2°, de la loi du 11 avril 1994) ou celui relatif à une « obligation de secret instaurée par la loi » (article 6, § 2, 2°, de la loi du 11 avril 1994). Sur ce dernier motif, il faut ainsi tenir compte du but visé par une disposition relative à l'obligation de secret et du fait que la disposition relative à l'obligation de secret ne s'applique que dans la mesure où il est porté atteinte à la finalité pour laquelle cette disposition relative à l'obligation de secret a été créée (CADA fédérale, avis du 1^{er} septembre 2014, n° 2014-70, p. 10).

3.2. Certains motifs d'exception dont la suppression est envisagée par la proposition ont pour objet de protéger des intérêts consacrés par des normes de droit européen ou de droit international qui précisent également les conditions dans lesquelles des restrictions peuvent y être apportées.

Il en va particulièrement ainsi en ce qui concerne les motifs de refus suivants :

– le motif d'exception portant sur « les libertés et les droits fondamentaux des administrés » et celui relatif à la « vie privée, sauf si la personne concernée a préalablement donné son accord par écrit à la consultation ou à la communication sous forme de copie » (article 6, § 1^{er}, 2^o, et § 2, 1^o, de la loi du 11 avril 1994).

En ce qui concerne spécifiquement le droit au respect de la vie privée, l'article 8, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme précise qu'

« [i]l ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » ;

– le motif d'exception portant sur « les relations internationales fédérales de la Belgique » (article 6, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 11 avril 1994) dans la mesure où certains documents administratifs ne pourraient être divulgués en vertu d'obligations internationales ;

– le motif d'exception portant sur « le caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité » (article 6, § 1^{er}, 7^o, de la loi du 11 avril 1994).

L'article 1^{er}, paragraphe 2, b), de la directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 'sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites', qui a été transposé par l'article XI.332/2, § 1^{er}, 2^o, du Code de droit économique, précise que la directive, qui organise un régime de protection des secrets d'affaires, ne porte notamment pas atteinte à

« l'application de règles de l'Union ou de règles nationales exigeant des détenteurs de secrets d'affaires qu'ils révèlent, pour des motifs d'intérêt public, des informations, y compris des secrets d'affaires, au public ou aux autorités administratives ou judiciaires pour l'exercice des fonctions de ces autorités »⁸ ;

⁸ La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu la protection des secrets d'affaires comme un principe général (voir notamment l'arrêt *Varec SA c. État belge*, 14 février 2008, C-450/06, point 49). Dans son arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007, la Cour constitutionnelle a jugé que « le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires » et que « la protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans la sphère d'activité privée d'une personne physique ou morale constitue un principe général du droit communautaire » (C.C., 19 septembre 2007, n° 118/2007, B.6.2 et B.6.3). Cette dernière a d'ailleurs jugé, dans l'arrêt n° 167/2018 du 29 novembre 2018, que « [l]es entreprises ont un intérêt légitime à préserver leurs secrets d'affaires de la publicité. Lorsque la transparence administrative porte sur de telles informations, il y a lieu de trouver un juste équilibre entre la protection des secrets d'affaires et le droit fondamental garanti par l'article 32 de la Constitution » (B.12.1).

– le motif d'exception portant sur « le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel » (article 6, § 1^{er}, 8°, de la loi du 11 avril 1994).

L'article 16 de la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 'sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union', lequel a été transposé par l'article 25 de la loi du 8 décembre 2022 'relative aux canaux de signalement et à la protection des auteurs de signalement d'atteintes à l'intégrité dans les organismes du secteur public fédéral et au sein de la police intégrée', prévoit que l'identité de l'auteur de signalement, ainsi que toute autre information à partir de laquelle l'identité de l'auteur de signalement peut être directement ou indirectement déduite, ne peut être divulguée à toute personne autre que les membres du personnel autorisés compétents pour recevoir des signalements ou pour en assurer le suivi, que si cet auteur a donné son consentement exprès et libre à cet effet ou s'il s'agit d'une « obligation nécessaire et proportionnée imposée par une législation spéciale dans le cadre d'enquêtes menées par des autorités nationales ou dans le cadre de procédures judiciaires, notamment en vue de sauvegarder les droits de la défense de la personne concernée ».

Les développements de la proposition ne permettent pas de conclure que l'impossibilité systématique d'invoquer les motifs précités satisfait, dans un rapport raisonnable de proportionnalité, aux conditions dans lesquelles des restrictions peuvent être apportées aux intérêts en cause.

De manière plus spécifique, il convient de constater que l'impossibilité systématique d'invoquer le motif d'exception portant sur « le secret de l'identité de la personne qui a communiqué le document ou l'information à l'autorité administrative à titre confidentiel pour dénoncer un fait punissable ou supposé tel » (article 6, § 1^{er}, 8°, de la loi du 11 avril 1994) contrevient manifestement à l'article 16 de la directive UE 2019/1937.

Enfin, il y a encore lieu de relever qu'il ressort de certains passages des développements de la proposition que ses auteurs entendraient, dans certaines circonstances, nuancer la portée de la proposition, sans que cela ne soit cependant consacré dans le dispositif ⁹.

3.3. Les développements de la proposition accordent une attention particulière au motif de refus relatif à la protection d'« un intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public » (article 6, § 1^{er}, 6°, de la loi du 11 avril 1994).

⁹ Ainsi est-il précisé qu'« [i]l va cependant de soi que, dans le cadre de la publicité de ces documents administratifs, les données personnelles éventuelles devront généralement être anonymisées conformément au Règlement général sur la protection des données » mais également qu'« [é]videmment, il existe également des documents administratifs qui ne concernent que partiellement l'exécution d'un contrat de gestion. Dans ce cas, si des motifs valables peuvent être invoqués, la partie ne se rapportant pas à la mise en œuvre effective d'un contrat de gestion peut toujours, en application des paragraphes 1^{er} à 3 de l'article 6 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, être soustraite à la publicité. Par conséquent, la consultation, l'explication ou la communication sous forme de copie sont alors limitées à la partie qui relève de l'exécution du contrat de gestion applicable. Par exemple, le cas peut se présenter lorsqu'un document administratif contient des informations d'entreprise ou de fabrication de fournisseurs de la SNCB ayant par nature un caractère confidentiel. Ces données peuvent donc être rendues illisibles, dans la mesure où elles ne contiennent pas d'informations nécessaires pour vérifier dans quelle mesure les obligations, les engagements et les droits stipulés dans le contrat de gestion sont précisément exécutés ».

Compte tenu des activités des entreprises publiques autonomes, il peut effectivement être admis que l'invocation systématique de ce motif de refus par ces entreprises est susceptible de porter atteinte au droit fondamental d'accès aux documents administratifs garanti par l'article 32 de la Constitution.

Il ne ressort cependant pas clairement des développements de la proposition que l'objectif poursuivi par ses auteurs ne pourrait pas être atteint par la mise en œuvre de la procédure réglée par la loi du 11 avril 1994.

Ces développements renvoient en effet principalement à des questions parlementaires pour lesquelles aucune réponse satisfaisante n'aurait été donnée¹⁰ ; à cet égard, il ne doit pas être perdu de vue que des demandes formulées par un parlementaire dans le cadre du contrôle parlementaire de l'action gouvernementale échappent en principe au régime de l'article 32 de la Constitution et, en conséquence, aux garanties prévues par la loi du 11 avril 1994¹¹.

Il y a toutefois lieu de rappeler que, comme chaque administré, le parlementaire est en droit de formuler une demande d'accès aux documents administratifs détenus par une entreprise publique autonome conformément à la loi du 11 avril 1994.

Dans ce cas de figure, l'entreprise publique autonome ne pourra alors refuser la divulgation du document administratif que si elle démontre, en motivant de manière suffisamment concrète, que l'intérêt de la publicité ne l'emporte pas sur la protection, le cas échéant, d'un « intérêt économique ou financier fédéral, la monnaie ou le crédit public ». Lorsqu'en application de ce motif, seule une partie d'un document administratif doit être soustraite à la publicité, il convient encore de souligner que l'entreprise publique autonome doit, conformément à l'article 6,

¹⁰ Il résulte des développements de la proposition que l'absence de réponse à certaines questions ne résulterait pas tant d'un refus d'une demande d'accès aux documents administratifs sur la base d'un des motifs de la loi du 11 avril 1994 mais plutôt de l'indisponibilité des informations demandées au sein des entreprises publiques autonomes concernées. À cet égard, il y a lieu de rappeler que, comme l'a jugé la section du contentieux administratif du Conseil d'État dans un arrêt 229.270 du 21 novembre 2014, « “[d]e openbaarheid van bestuursdocumenten [...] een fundamenteel recht [is] dat in de Belgische rechtsorde door artikel 32 van de Grondwet wordt gewaarborgd. De uitzonderingen worden limitatief opgesomd en moeten restrictief worden geïnterpreteerd. Openbaarheid is de regel, beslotenheid de formeel te motiveren uitzondering. Indien er in het opgevraagde stuk passages zitten die vallen onder één van de uitzonderingsgronden, kan dit niet tot gevolg hebben dat het bestuur het gehele stuk aan de openbaarheid mag onttrekken. Dit recht tot openbaarheid houdt een positieve verplichting in voor de openbare besturen waaraan ze moeten voldoen. De diensten moeten zich zo organiseren dat aan de verplichting tot openbaarmaking kan worden voldaan ».

¹¹ Voir, l'avis n° 30.305/2/V donné le 23 août 2000 sur une proposition « relative à l'exercice du mandat parlementaire et à l'obligation de communication du Gouvernement » : « Le contrôle politique de l'activité gouvernementale par la Chambre des représentants qui découle des articles 88, 96, alinéa 2, 100, 101, alinéa 1^{er}, et 106 de la Constitution, ainsi que l'initiative des lois par la Chambre des représentants et le Sénat prévue aux articles 74 et suivants de la Constitution, impliquent que les membres de ces assemblées puissent être informés de tous les aspects de la politique du Gouvernement et du fonctionnement de l'administration. Les moyens d'information dont disposent les Chambres sont l'enquête parlementaire, prévue par l'article 56 de la Constitution, ainsi que les interpellations et les questions parlementaires. Députés et sénateurs peuvent également user des droits et libertés fondamentales reconnus à tous les citoyens, et notamment du droit, consacré par l'article 32 de la Constitution, de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi du 11 avril 1994 'relative à la publicité de l'administration », *Doc. Parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 354/002, pp. 3-7. Voir, également, DE ROY D., « Contrôle parlementaire et accès à l'information et aux documents administratifs. Quelques observations dans les domaines des finances et de la gouvernance publiques », *A.P.T.*, 2020/3-4, en particulier pp. 454-461.

§ 4, de la loi du 11 avril 1994, communiquer au demandeur la partie restante du document qui n'est pas couverte par un motif de refus.

Dans l'hypothèse où l'entreprise publique autonome concernée refuse l'accès aux documents administratifs demandés, le demandeur dispose, conformément à l'article 8, § 2, de la loi du 11 avril 1994, de la possibilité de lui adresser une demande de reconsidération et, au même moment, de demander à la Commission d'accès aux documents administratifs ¹² d'émettre un avis dans lequel il sera examiné si le motif d'exception invoqué par l'entreprise publique autonome concernée est, compte tenu des circonstances propres au cas d'espèce, justifié. Enfin, le cas échéant, le demandeur peut encore introduire un recours contre la décision de refus de la demande de reconsidération conformément aux lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973.

Les auteurs de la proposition doivent être en mesure d'établir, dans le respect du principe de proportionnalité, que l'objectif poursuivi par la proposition ne peut pas être atteint par la mise en œuvre de la procédure réglée par la loi du 11 avril 1994.

4. La proposition et ses développements seront fondamentalement revus à la lumière des observations qui précèdent.

*

¹² Dont les membres présentent des « compétences particulières en matière de publicité de l'administration » conformément à l'article 4, § 2, de l'arrêté royal du 29 avril 2008 'relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission d'accès aux et de réutilisation des documents administratifs'.

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 voorstel,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

ONDERZOEK VAN HET VOORSTEL

1. Artikel 2 van het voorstel strekt ertoe in titel I, hoofdstuk II, van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’ een afdeling III “Openbaarheid van bestuur” in te voegen, die bestaat uit een artikel 6bis, dat luidt als volgt:

“Een vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument dat uitvoering geeft aan haar beheerscontract kan door een autonoom overheidsbedrijf nooit worden geweigerd op grond van artikel 6, § 1, 2° tot 3° en 5° tot 8°, en artikel 6, §§ 2 en 3, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.”

2. De autonome overheidsbedrijven¹ zijn administratieve overheden wat betreft de beslissingen die zij nemen in het kader van hun opdrachten van openbaar belang en zijn, in die mate, onderworpen aan de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’.²

Het beheerscontract tussen de Staat en een autonoom overheidsbedrijf strekt overeenkomstig artikel 3, § 1, van de wet van 21 maart 1991 tot het vastleggen van de “bijzondere regels en voorwaarden waaronder een autonoom overheidsbedrijf de opdrachten van openbare dienst vervult”.³

De bestuursdocumenten die uitvoering geven aan een beheerscontract van een autonoom overheidsbedrijf zijn dus in principe onderworpen aan de wet van 11 april 1994.

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

¹ Te weten, overeenkomstig artikel 1, § 4, van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’, Proximus, de NMBS, Infrabel, bpost en Skeyes.

² Zie bijvoorbeeld de federale CTB, advies van 20 oktober 2022, nr. 2022-68, aangaande de NMBS. Zie eveneens de andere voorbeelden gegeven door MOSSOUX Y., “Chapitre 2 – La notion d’autorité administrative” in Michiels V. (ed.), *La publicité de l’administration*, 1^e uitgave, Brussel, Bruylant, 2014, 74 e.v.

³ In paragraaf 2 van die bepaling wordt in detail beschreven wat bij het beheerscontract van die bedrijven geregeld moet worden. Zie evenwel, wat Proximus betreft, artikel 58 van de wet van 21 maart 1991, dat als volgt luidt: “In afwijking van artikel 3 heeft het beheerscontract tussen de Staat en Proximus enkel betrekking op de opdrachten van algemeen belang bedoeld in artikel 106 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.”

3.1. De voorgestelde regeling voor de toegang tot de bestuursdocumenten is ruimer dan die welke georganiseerd is bij de wet van 11 april 1994, in die zin dat de autonome overheidsbedrijven zich, in tegenstelling tot de andere administratieve overheden, niet langer zouden kunnen beroepen op bepaalde uitzonderingsgronden om de openbaarmaking te weigeren van de bestuursdocumenten die uitvoering geven aan hun beheerscontract.

De aldus nagestreefde doelstelling is, ten aanzien van artikel 32 van de Grondwet,⁴ legitiem.

De indieners van het voorstel moeten, in het licht van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie, niettemin kunnen aantonen dat het verschil in behandeling dat uit de voorgestelde regeling voortvloeit, op een objectief criterium berust en redelijkerwijze verantwoord is. Het gelijkheidsbeginsel is geschonden wanneer vaststaat dat er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.⁵

Gelet op de verscheidenheid van de belangen die beschermd worden door de uitzonderingsgronden die bij het voorstel opgeheven zouden worden,⁶ volstaan algemene overwegingen met betrekking tot de autonomie van de autonome overheidsbedrijven, zoals die opgenomen zijn in de toelichting bij het voorstel, niet ter verantwoording van dat verschil in behandeling.

Om tegemoet te komen aan hetgeen het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie vereist, moeten de indieners van het voorstel, ten aanzien van de aard of de activiteiten van de autonome overheidsbedrijven, kunnen aantonen dat de openbaarmaking van de bestuursdocumenten die uitvoering geven aan hun beheerscontract, los van een afweging tussen de in het geding zijnde belangen ten aanzien van de omstandigheden van de zaak, systematisch voorrang moet hebben op elk van de belangen die beschermd worden door de uitzonderingsgronden in kwestie.⁷

⁴ Over de draagwijdte van artikel 32 van de Grondwet, zie GwH 9 maart 2023, nr. 39/2023, overwegingen B.9.1 tot B.9.8.

⁵ Zie, voor een voorbeeld van de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de context van de toegang tot bestuursdocumenten, GwH 29 november 2018, nr. 167/2018, B.10.1, B.10.2 en B.14.

⁶ Zo strekt de uitzondering vervat in artikel 6, § 2, 4°, van de wet van 11 april 1994 tot bescherming van belangen die vallen onder de soevereiniteit van de Staat. Die uitzondering strekt eveneens tot bescherming van belangen die, althans gedeeltelijk, reeds op een andere wijze beschermd zijn in artikel 6, § 1, 4°, van de wet van 11 april 1994 (zie in deze zin het advies van de federale CTB van 16 april 2012, nr. 2012-28, 5), dat de indieners van het voorstel niet wensen op te heffen. De uitzonderingen vervat in artikel 6, § 3, van de wet van 11 april 1994 zijn hunnerzijds hoofdzakelijk ingegeven door de zorg voor vlot overheidsoptreden. Zie in dat verband DE BROUX P.-O., DE JONGHE, D., SIMAR R. en VANDERSTRAETEN M., “Chapitre 4 – Les exceptions à la publicité des documents administratifs” in MICHIELS V. (ed.), *La publicité de l'administration*, 1^e uitgave, Brussel, Bruylant, 2014, 133-192.

⁷ Waarvoor het nodig is vooraf na te gaan welke belangen *in concreto* beschermd worden door de uitzonderingsgronden in kwestie, in het bijzonder voor de generieke weigeringsgronden zoals die in verband met “de fundamentele rechten en vrijheden van de bestuursdocumenten” (artikel 6, § 1, 2°, van de wet van 11 april 1994) of die in verband met een “bij ingestelde geheimhoudingsverplichting” (artikel 6, § 2, 2°, van de wet van 11 april 1994). Wat die laatste grond betreft, moet aldus rekening gehouden worden met het doel dat nagestreefd wordt bij een bepaling in verband met de geheimhoudingsplicht en met het feit dat de bepaling in verband met de geheimhoudingsplicht alleen van toepassing is in zoverre afbreuk gedaan wordt aan het doel waarvoor die bepaling in verband met de geheimhoudingsplicht in het leven geroepen is (federale CTB, advies van 1 september 2014, nr. 2014-70, 10).

Op grond van de toelichting bij het voorstel kan evenwel onmogelijk geconcludeerd worden dat *in casu* voldaan is aan het vereiste inzake evenredigheid dat inherent is aan het toezicht op de naleving van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie.

3.2. Bepaalde uitzonderingsgronden die bij het voorstel opgeheven zouden worden, strekken ertoe belangen te beschermen die verankerd zijn in normen van Europees of internationaal recht waarin tevens gesteld wordt onder welke voorwaarden daaraan beperkingen opgelegd kunnen worden.

Dat geldt in het bijzonder voor de volgende weigeringsgronden:

– de uitzonderingsgrond met betrekking tot “de fundamentele rechten en vrijheden van de bestuurden” en die met betrekking tot “de persoonlijke levenssfeer, tenzij de betrokken persoon met de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift heeft ingestemd” (artikel 6, § 1, 2°, en § 2, 1°, van de wet van 11 april 1994).

Wat specifiek het recht op eerbiediging van het privéleven betreft, wordt in artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens het volgende bepaald:

“Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van ‘s lands veiligheid, de openbare veiligheid, of het economisch welzijn van het land, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen”;

– de uitzonderingsgrond met betrekking tot “de federale internationale betrekkingen van België” (artikel 6, § 1, 3°, van de wet van 11 april 1994) in zoverre bepaalde bestuursdocumenten krachtens internationale verplichtingen niet openbaar gemaakt zouden mogen worden;

– de uitzonderingsgrond met betrekking tot “het uit de aard van de zaak vertrouwelijk karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld” (artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994).

Artikel 1, lid 2, b), van richtlijn (EU) 2016/943 van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2016 ‘betreffende de bescherming van niet-openbaar gemaakte knowhow en bedrijfsinformatie (bedrijfsgeheimen) tegen het onrechtmatig verkrijgen, gebruiken en openbaar

maken daarvan', dat omgezet is bij artikel XI.332/2, § 1, 2°, van het Wetboek van economisch recht, bepaalt dat de richtlijn, waarbij een regeling ter bescherming van bedrijfsgeheimen vastgesteld wordt, onder meer onverlet laat:

“de toepassing van Unie- of nationale regels die houders van bedrijfsgeheimen voorschrijven informatie, waaronder bedrijfsgeheimen, om redenen van algemeen belang openbaar te maken aan het publiek of aan administratieve of rechterlijke instanties voor de uitvoering van de taken van deze instanties”;⁸

– de uitzonderingsgrond met betrekking tot “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” (artikel 6, § 1^{er}, 8°, van de wet van 11 april 1994).

Artikel 16 van richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 ‘inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden’, dat omgezet is bij artikel 25 van de wet van 8 december 2022 ‘betreffende de meldingskanalen en de bescherming van de melders van integriteitsschendingen in de federale overheidsinstanties en bij de geïntegreerde politie’, bepaalt dat de identiteit van de melder en alle andere informatie aan de hand waarvan direct of indirect de identiteit van de melder kan worden achterhaald, alleen bekend gemaakt mag worden aan anderen dan de gemachtigde personeelsleden die bevoegd zijn voor de ontvangst of de opvolging van meldingen als die melder daartoe zijn uitdrukkelijke en vrije toestemming gegeven heeft of indien het gaat een “noodzakelijke en evenredige verplichting krachtens bijzondere wetgeving in het kader van onderzoek door nationale autoriteiten of gerechtelijke procedures, mede ter waarborging van de rechten van verdediging van de betrokkene”.

Aan de hand van de toelichting bij het voorstel kan niet geconcludeerd worden dat de systematische onmogelijkheid om de voornoemde gronden in te roepen in een redelijk verband van evenredigheid tegemoet komt aan de voorwaarden waaronder aan de belangen in kwestie beperkingen opgelegd kunnen worden.

Meer specifiek dient vastgesteld te worden dat de systematische onmogelijkheid om de uitzonderingsgrond in te roepen met betrekking tot “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” (artikel 6, § 1, 8°, van de wet van 11 april 1994) klaarblijkelijk indruist tegen artikel 16 van richtlijn (EU) 2019/1937.

⁸ Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft de bescherming van zakengeheimen als algemeen beginsel erkend (zie inzonderheid het arrest *Varec SA t. Belgische Staat*, 14 februari 2008, C-450/06, punt 49). In zijn arrest nr. 118/2007 van 19 september 2007 heeft het Grondwettelijk Hof geoordeeld dat “het recht op de eerbiediging van het privéleven van de rechtspersonen de bescherming van hun zakengeheimen omvat” en dat “de bescherming tegen willekeurige of onevenredige inmengingen van de openbare macht in de private activiteiten sfeer van een natuurlijke persoon of rechtspersoon een algemeen principe van het gemeenschapsrecht vormt” (GwH, 19 september 2007, nr. 118/2007, B.6.2 en B.6.3). Het Grondwettelijk Hof heeft overigens, in arrest nr. 167/2018 van 29 november 2018, geoordeeld dat “[o]ndernemingen (...) een rechtmatig belang [hebben] om hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid prijs te geven. Wanneer de administratieve transparantie op dergelijke informatie betrekking heeft, dient een goed evenwicht tot stand te worden gebracht tussen de bescherming van het zakengeheim en het grondrecht dat wordt gewaarborgd bij artikel 32 van de Grondwet.” (B.12.1).

Ten slotte dient nog opgemerkt te worden dat uit bepaalde passages van de toelichting bij het voorstel blijkt dat het de bedoeling zou zijn van de indieners ervan om in bepaalde omstandigheden de draagwijdte van het voorstel te nuanceren, zonder dat zulks evenwel in het dispositief tot uiting komt.⁹

3.3. In de toelichting bij het voorstel wordt bijzondere aandacht besteed aan de weigeringsgrond met betrekking tot de bescherming van “een federaal economisch of financieel belang, de munt of het openbaar krediet” (artikel 6, § 1^{er}, 6°, van de wet van 11 april 1994).

Gelet op de activiteiten van de autonome overheidsbedrijven kan daadwerkelijk aangenomen worden dat het systematisch aanvoeren van die weigeringsgrond door die bedrijven, afbreuk kan doen aan het fundamenteel recht op toegang tot de bestuursdocumenten gewaarborgd bij artikel 32 van de Grondwet.

Uit de toelichting bij het voorstel blijkt evenwel niet duidelijk of het doel dat door de indieners ervan nagestreefd wordt niet bereikt zou kunnen worden door het aanwenden van de procedure geregeld bij de wet van 11 april 1994.

In de toelichting wordt immers hoofdzakelijk verwezen naar parlementaire vragen waarop geen bevredigend antwoord gegeven zou zijn;¹⁰ in dat verband mag niet uit het oog verloren worden dat vragen vanwege een parlementslid in het kader van de parlementaire controle op het

⁹ Zo wordt gesteld dat “[d]e eventuele persoonsgegevens (...) in het kader van de openbaarheid van dergelijke bestuursdocumenten vanzelfsprekend doorgaans geanonimiseerd [zullen] moeten worden, in overeenstemming met de Algemene Verordening Gegevensbescherming”, maar eveneens dat er “[v]anzelfsprekend (...) ook bestuursdocumenten [bestaan] die slechts deels betrekking hebben op de uitvoering van een beheerscontract. Het deel dat géén betrekking heeft op de eigenlijke uitvoering van een beheerscontract kan dan, indien daar gegronde redenen voor zijn, in toepassing van de paragrafen 1 tot 3 van artikel 6 van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur nog steeds aan de openbaarheid worden onttrokken. Daardoor wordt de inzage, de uitleg of de mededeling in afschrift in dit geval beperkt tot dat deel dat kadert in de uitvoering van het toepasselijke beheerscontract. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een bestuursdocument ondernemings- en fabricagegegevens bevat van leveranciers van de NMBS die uit de aard van de zaak een vertrouwelijk karakter hebben. Dergelijke gegevens kunnen dan onleesbaar worden gemaakt; deze bevatten immers geen informatie die noodzakelijk is om te kunnen nagaan in welke mate de verplichtingen, engagementen en rechten uit de beheersovereenkomst precies worden uitgevoerd.”

¹⁰ Uit de toelichting bij het voorstel blijkt dat het uitblijven van een antwoord op bepaalde vragen niet zozeer zou voortvloeien uit de afwijzing van een verzoek tot toegang tot de bestuursdocumenten op basis van één van de gronden bepaald in de wet van 11 april 1994, maar veeleer uit het feit dat de gevraagde informatie niet voorhanden is bij de autonome overheidsbedrijven in kwestie. In dat verband dient eraan herinnerd te worden dat, zoals de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State geoordeeld heeft in arrest nr. 229.270 van 21 november 2014, “[d]e openbaarheid van bestuursdocumenten (...) een fundamenteel recht (is) dat in de Belgische rechtsorde door artikel 32 van de Grondwet wordt gewaarborgd. De uitzonderingen worden limitatief opgesomd en moeten restrictief worden geïnterpreteerd. Openbaarheid is de regel, beslotenheid de formeel te motiveren uitzondering. Indien er in het opgevraagde stuk passages zitten die vallen onder één van de uitzonderingsgronden, kan dit niet tot gevolg hebben dat het bestuur het gehele stuk aan de openbaarheid mag onttrekken. Dit recht tot openbaarheid houdt een positieve verplichting in voor de openbare besturen waaraan ze moeten voldoen. De diensten moeten zich zo organiseren dat aan de verplichting tot openbaarmaking kan worden voldaan.”

optreden van de regering, in principe ontsnappen aan de regeling vervat in artikel 32 van de Grondwet en, bijgevolg, aan de waarborgen die geboden worden bij de wet van 11 april 1994.¹¹

Er dient evenwel aan herinnerd te worden dat het parlamentslid, net zoals iedere bestuurde overeenkomstig de wet van 11 april 1994 het recht heeft toegang te vragen tot de bestuursdocumenten in het bezit van een autonoom overheidsbedrijf.

In dat geval zal het autonoom overheidsbedrijf de openbaarmaking van het bestuursdocument alleen kunnen weigeren als het, op basis van voldoende concrete redenen, aantoont dat het belang van de bekendmaking niet primeert op de bescherming van, in voorkomend geval, een “federaal economisch of financieel belang, de munt of het openbaar krediet”. Wanneer met toepassing van die grond slechts een deel van een bestuursdocument aan de openbaarmaking onttrokken moet worden, dient nog onderstreept te worden dat het autonoom overheidsbedrijf, overeenkomstig artikel 6, § 4, van de wet van 11 april 1994, het overige deel van het document, dat niet gedekt is door een weigeringsgrond, aan de aanvrager moet meedelen.

In het geval dat het betrokken autonoom overheidsbedrijf de toegang tot de gevraagde bestuursdocumenten weigert, beschikt de aanvrager, overeenkomstig artikel 8, § 2, van de wet van 11 april 1994, over de mogelijkheid een verzoek tot heroverweging te richten aan dat bedrijf en tegelijkertijd de Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten¹² te verzoeken een advies uit te brengen waarin onderzocht zal worden of de door het betrokken autonoom overheidsbedrijf ingeroepen uitzonderingsgrond, rekening houdend met de omstandigheden eigen aan het geval, verantwoord is. Ten slotte kan de aanvrager, in voorkomend geval, overeenkomstig de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, nog een beroep instellen tegen de beslissing tot weigering van het verzoek tot heroverweging.

De indieners van het voorstel moeten met het oog op de naleving van het evenredigheidsbeginsel kunnen aantonen dat het doel dat met het voorstel nagestreefd wordt niet bereikt kan worden door het aanwenden van de procedure geregeld bij de wet van 11 april 1994.

¹¹ Zie advies 30.305/2/V van 23 augustus 2000 over een voorstel ‘betreffende de uitoefening van het parlementair mandaat en de mededelingsplicht van de regering’: “De politieke controle die de Kamer van volksvertegenwoordigers krachtens de artikelen 88, 96, tweede lid, 100, 101, eerste lid, en 106 van de Grondwet op de werkzaamheden van de regering uitoefent en het wetgevend initiatief van de Kamer van volksvertegenwoordigers en de Senaat, bepaald in artikel 74 en volgende van de Grondwet, onderstellen dat de leden van die vergaderingen informatie kunnen krijgen over alle aspecten van het regeringsbeleid en van de werking van het bestuur. De middelen waarover de Kamers beschikken om informatie te vergaren zijn het parlementair onderzoek, vastgelegd in artikel 56 van de Grondwet, en de interpellaties en parlementaire vragen. Volksvertegenwoordigers en senatoren kunnen tevens gebruik maken van de fundamentele rechten en vrijheden die aan iedere burger zijn toegekend, inzonderheid van het recht, vastgelegd in artikel 32 van de Grondwet, om ieder bestuursdocument in te zien en er een afschrift van te krijgen, tenzij in de gevallen en in de omstandigheden bepaald in de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.” *Parl.St.* Kamer 2003-04, nr. 354/002, 3-7. Zie eveneens DE ROY D., “Contrôle parlementaire et accès à l’information et aux documents administratifs. Quelques observations dans les domaines des finances et de la gouvernance publiques”, *A.P.T.*, 2020/3-4, in het bijzonder 454-461.

¹² Waarvan de leden over “specifieke competenties op het gebied van openbaarheid van bestuur” beschikken overeenkomstig artikel 4, § 2, van het koninklijk besluit van 29 april 2008 ‘betreffende de samenstelling en werkwijze van de Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten’.

4. Het voorstel en de toelichting erbij moeten in het licht van de voorgaande opmerkingen grondig herzien worden.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET