



Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

Afdeling openbaarheid van bestuur

8 juli 2013

ADVIES 2013-15

met betrekking tot de toepassing van de wet van 11
april 1994 op het Auditcomité van de Federale
Overheid

(CTB/2013/10)

1. Een overzicht

Bij mail van 7 februari 2013 vraagt het Auditcomité van de Federale Overheid (ACFO) de Commissie om een advies met betrekking tot de processen-verbaal van de vergaderingen van het ACFO:

- Is het Auditcomité een administratieve overheid in de zin van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur en is deze wet bijgevolg van toepassing op de processen-verbaal van het Auditcomité?
- Als de wet van 11 april 1994 van toepassing is, mogen deze PV's ook publiek worden gemaakt, bv. via de website van het Auditcomité?

2. De ontvankelijkheid van de adviesaanvraag

Artikel 8, § 3 van de wet van 11 april 1994 bepaalt dat de Commissie kan eveneens worden geraadpleegd door een federale administratieve overheid. In advies 2012-1 oordeelde de Commissie dat het Auditcomité van de Federale Overheid zonder hierop in detail in te gaan, moet worden opgevat als een federale administratieve overheid in de zin van de wet van 11 april 1994.

3. De beoordeling van de adviesaanvraag

3.1 Is het Auditcomité van de Federale Overheid een administratieve overheid in de zin van de wet van 11 april 1994

Om de gegrondheid van de adviesvraag op dit punt te kunnen beoordelen, dient te worden nagegaan of het Auditcomité van de Federale Overheid een federale administratieve overheid in de zin van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur is. Het recht van toegang zoals gegarandeerd door artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 geldt slechts ten aanzien van bestuursdocumenten. Een bestuursdocument is "*alle informatie, in welke vorm ook, waarover een administratieve overheid beschikt*" (zie artikel 1, tweede lid, 2° van de wet). Een administratieve overheid wordt door de wet van 11 april 1994 gedefinieerd als "*een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State*" (zie artikel 1, tweede lid, 1° van de wet).

Grondrecht als uitgangspunt

Het is belangrijk voor ogen te houden wat het doel van de grondwetgever was toen hij de openbaarheid van bestuur in de Grondwet opnam.

In de Verklarende Nota bij artikel 24*ter*, het huidige artikel 32 van de Grondwet, is duidelijk vermeld dat “*De principes vastgesteld in het voorgestelde artikel gelden ten aanzien van alle administratieve overheden. De concrete invulling van dit begrip zal naderhand gebeuren. Aangezien hier een fundamenteel recht wordt toegekend, zal hierbij een zo breed mogelijke interpretatie worden gehanteerd. Met name kan verwezen worden naar artikel 14 van de wetten op de Raad van State en de rechtspraak van de Raad van State dienaangaande.*” (Parl. St. Kamer, B.Z. 1992-1993, 839/1, 5).

De grondwetgever had dus een zeer ruim personeel toepassingsgebied op het oog, maar liet de invulling over aan de wetgever. Gelet op het gegeven dat het om een grondrecht gaat, moet de wetgever voor een zo ruim mogelijke invulling kiezen. Bovendien mag de wetgever wanneer hij om het personeel toepassingsgebied in te vullen voor het begrip “administratieve overheid” kiest, dit begrip niet zo beperkt invullen dat de wet in strijd zou zijn met het brede toepassingsgebied dat de grondwetgever voor ogen had.

Toepassingsgebied van de federale openbaarheidswet

De wet van 11 april 1994 is op grond van artikel 1, eerste lid van toepassing op:

- a) de federale administratieve overheden;
- b) de administratieve overheden andere dan de federale administratieve overheden doch slechts voor zover deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt.

Notie (federale) «administratieve overheid»

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat de federale openbaarheidswet is geworden (Parl. St. Kamer, 1992-1993, 1112/1, 8-11), werd de notie «administratieve overheid» als volgt verduidelijkt:

“Voor de bepaling van de notie “administratieve overheden” wordt gesteund op artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en bijgevolg op de uitgebreide jurisprudentie terzake van de Raad van State. Dit biedt het belangrijke voordeel dat het toepassingsgebied van de wet mee zal evolueren met de nieuwe ontwikkelingen die zich in de wetgeving en de administratieve praktijk voordoen. Bovendien verschafft de rechtspraak van de Raad van State een duidelijk houvast en worden criteria gehanteerd die volledig aansluiten bij de doelstelling van deze wet, namelijk de bestuurde in zijn verhouding tot het bestuur, welke vorm dat ook aanneemt, recht te geven op openbaarheid. De criteria van de Raad van State zijn, positief gesteld en niet-cumulatief: uitoefening van een taak van algemeen belang, over dwingende beslissingsbevoegdheid beschikken, betrokkenheid van de overheid bij de oprichting of erkenning, controle door de overheid, beschikken over bepaalde prerogatieven van de openbare macht en, negatief: niet behoren tot de wetgevende of de rechterlijke macht.

Nieuw tegenover de bestaande rechtspraak van de Raad van State is dat voor de toepassing van de hier voorgestelde wet bovendien zal moeten worden afgebakend welke van de administratieve overheden als federale administratieve overheden moeten worden beschouwd en welke als niet-federale administratieve overheden. De federale administratieve overheden zijn, aldus de Raad van State in zijn advies met betrekking tot onderhavig wetsontwerp, de federale administraties, de openbare instellingen en ermee vergelijkbare openbare diensten welke onder een federale administratieve overheid ressorteren, alsmede de private personen welke door een federale overheid ten gevolge van andere dan toevallige gebeurtenissen met het uitoefenen van een federale openbare dienstverlening zijn belast. Tot het federale niveau wordt eveneens gerekend het personeel van de provincies dat afhangt van de federale overheid inbegrepen de arrondissementscommissarissen.

De niet-federale administratieve overheden zijn deze die deel uitmaken van andere bestuursniveau's – de Gemeenschappen en de Gewesten, de provincies en de gemeenten, zoals daar zijn de diensten van de Gemeenschappen, de Gewesten of de Gemeenschapscommissies of de instellingen door hen opgericht, privé-personen die een taak van algemeen belang uitvoeren die behoort tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschappen of Gewesten, de gemeentelijke en provinciale organen, de intercommunales, de O.C.M.W.'s, de polders en wateringen, de kerkfabrieken, enz..

Wat het federale niveau betreft, heeft de Raad van State steeds als administratieve overheden bestempeld: de organen van het centrale rijksbestuur, zoals de Koning, de Ministers en bepaalde bij delegatie handelende ambtenaren die een beslissingsbevoegdheid bezitten zoals de Vaste Wervingssecretaris.

Voor wat de Koning als administratieve overheid betreft, moet beklemtoond worden dat Hij dit slechts is met betrekking tot aangelegenheden waarvoor een Minister de verantwoordelijkheid draagt (cf. artikel 64 van de Grondwet) en geenszins persoonlijk als administratieve overheid kan worden beschouwd. De stukken en de correspondentie die berusten bij het Staatshoofd vallen geenszins onder toepassing van deze wet.

Kabinetleden zijn evenmin administratieve overheden: zij zijn de persoonlijke medewerkers van de Ministers en kunnen zich niet in hun plaats stellen om beslissingen te nemen waarvoor de Ministers bevoegd zijn. Aangezien en in zoverre zij

geen bevoegdheid bezitten om bindend op te treden tegenover derden, zijn zij, volgens de Raad van State, derhalve niet als administratieve overheid te beschouwen.

De organen van dienstgewijze gedecentraliseerde instellingen die een autonome beslissingsbevoegdheid bezitten, zijn wel als administratieve overheid te beschouwen. Zij werden door de overheid opgericht om in een dienst van algemeen nut te voorzien en zijn daarbij onder de hoge leiding van de overheid geplaatst. Het betreft onder meer de Algemene Spaar- en Lijfrentekas, de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, de Rijksdienst voor Kinderbijslag voor Werknemers, de Bankcommissie, enzovoort.

Naast deze openbare instellingen stricto sensu zijn ook de instellingen die door de overheid of door toedoen van de overheid tot stand werden gebracht om in een openbare dienst te voorzien en waarvan particulieren of private vennootschappen deel uitmaken of die opgericht zijn in de vorm van een handelsvennootschap als administratieve overheid te beschouwen. Het betreft ondermeer het Gemeentekrediet van België.

Vragen rijzen met betrekking tot de zogenaamde ondernemingen met gemengd beheer die door de openbare overheid tot stand zijn gebracht en een openbare dienst of een dienst van algemeen belang waarnemen en waarvoor, zowel wat de samenstelling van het kapitaal als wat het beheer van de onderneming betreft, een beroep gedaan wordt op de medewerking van particulieren. Het betreft de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, de Nationale Bank van België, S.A.B.E.N.A., en andere.

Het antwoord op de vraag of zij als administratieve overheid moeten worden beschouwd, leidt de Raad van State af uit de ontleding van de bijzondere wetten die het statuut van die organismen regelen. De recente wijzigingen met betrekking tot het statuut van de autonome overheidsbedrijven kunnen dus aanleiding geven tot een herziening van de rechtspraak terzake, wat trouwens eveneens geldt tegenover de openbare kredietinstellingen.

Samen met deze organismen, dient de vraag gesteld te worden naar het karakter van administratieve overheid van organismen die uit particulier initiatief zijn ontstaan maar die met een taak van algemeen belang zijn belast.

Ten aanzien van deze organismen, die als dusdanig geen administratieve overheid zijn, maar wel met publiekrechtelijk gezag beklede beslissingen kunnen nemen die vatbaar zijn voor vernietiging door de Raad van State, is de wet betreffende de openbaarheid van bestuur slechts van toepassing ten aanzien van die aangelegenheden waarvoor het organisme het karakter van administratieve overheid heeft. Voor de ondernemingen van gemengd beheer betreft dit bijvoorbeeld de bevoegdheid die wordt uitgeoefend met betrekking tot het personeel.

Ook openbare adviesorganen (zoals de Centrale raad voor het Bedrijfsleven, de Hoge Raad voor de Middenstand, de Nationale Arbeidsraad) zijn aan deze gevolgtrekking onderworpen : zij zijn geen administratieve overheid wanneer zij adviezen verstrekken maar wel bij de uitoefening van hun beslissingsmacht ten aanzien van hun personeel. Enkel ten aanzien van deze aangelegenheid zijn zij onderworpen aan de toepassing van deze wet.

Hierbij moet beklemtoond worden dat het bovenstaande slechts geldt voor deze organismen die niet als dusdanig een administratieve overheid zijn en deze kwalificatie slechts verkrijgen in de mate waarin zij met publiekrechtelijk gezag

beklede beslissingen nemen. Slechts voor deze organismen geldt de openbaarheid enkel ten aanzien van die aangelegenheden waarvoor het organisme het karakter van administratieve overheid bezit.

Dit geldt dus niet voor de organismen en instellingen die door de Raad van State in hun geheel als administratieve overheid worden beschouwd. Bij deze instellingen of organismen is de vraag of een document betrekking heeft op een aangelegenheid die onderworpen is aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State irrelevant. Alle documenten die berusten bij dergelijke administratieve overheid zijn bestuursdocumenten, en in principe openbaar.”

Uit de toelichting blijkt enerzijds de bedoeling van de wetgever om, door voor de invulling van het begrip “administratieve overheid” te verwijzen naar artikel 14 van de wetten op de Raad van State en de daarop betrekking hebbende rechtspraak, het toepassingsgebied van de wet van 11 april 1994 de mogelijke ontwikkeling van die rechtspraak te laten volgen. De wetgever koos immers voor een “evolutief” begrip, waarbij voldoende rekening kon worden gehouden met maatschappelijke evoluties. Omdat het begrip “administratieve overheid” in artikel 14 van de wetten op de Raad van State zelf niet wordt gedefinieerd, is de invulling die er in de Memorie van Toelichting aan wordt gegeven een weergave van een tijdgebonden situatie en bovendien een interpretatie van de bestaande rechtspraak. De evolutie die zich op dat moment voltrok in de rechtspraak was veeleer uitbreidend, al werd niet uitgesloten dat toekomstige rechtspraak in beperkende zin zou evolueren als de aard van een bepaald organisme in de toekomst zou wijzigen.

Anderzijds blijkt dat een onderscheid dient gemaakt te worden tussen zogenaamde “organieke” en “functionele” openbare diensten. Terwijl alle documenten die berusten bij organismen en instellingen die in hun geheel als administratieve overheid worden beschouwd (*organieke openbare diensten*, o.a. de federale administraties) als bestuursdocumenten dienen te worden beschouwd en dus openbaar zijn, geldt voor organismen die niet als zodanig een administratieve overheid zijn (*functionele openbare diensten*) de openbaarheid enkel ten aanzien van die aangelegenheden, waarvoor een dergelijk organisme het karakter van administratieve overheid bezit. Wat die laatste categorie betreft gaat het in het bijzonder om de organismen die uit particulier initiatief zijn ontstaan maar die met een taak van algemeen belang zijn belast, om ondernemingen met gemengd beheer en om een specifieke categorie van adviesorganen, namelijk de openbare adviesorganen (in A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer,

2009, p. 125, omschreven als “*met louter adviserende bevoegdheid belaste lichamen [...] waaraan de wetgever rechtspersoonlijkheid en een patrimoniale en budgettaire zelfstandigheid heeft verleend*”; op federaal niveau gaat het meer bepaald om de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, de Hoge Raad voor de Middenstand en de Nationale Arbeidsraad).

De invulling van het begrip “administratieve overheid” is sedert de totstandkoming van de openbaarheidswet geëvolueerd. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat door de overheid opgerichte of erkende instellingen, 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 én zij beslissingen kunnen nemen die derden binden (zie in het bijzonder: Cass. 14 februari 1997, nr. C.96.0211.N; Cass. 10 september 1999, nr. C.98.0141.F; Cass. 6 september 2002, nr. C.01.0382.N; voor commentaar in de rechtsleer, zie onder meer: S. BAETEN, “Variaties op verzelfstandigingsthema’s: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996”, *C.D.P.K.* 1999, 83-102; M. BOES, “De administratieve overheid: een ondefinieerbaar begrip?”, *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Versteegen*, Brugge, die Keure, 2004, 27-30; MAST, *o.c.*, nrs. 1017-1020; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story”, *R.W.* 2011-12, 1614-1639; A. MAST e.a., *o.c.*, nrs. 1017-1020; P. NIHOUL, “La notion d’autorité administrative: retour à l’orthodoxie”, *Adm. Publ.*, 2001, 78-85; J.M. PIRET, “La notion d’autorité administrative”, *Adm. Publ.*, 1999, 236-238; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van Cassatie”, *R.W.*, 2000-2001, 497-506; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid”, *Tijdschrift voor Gemeenterecht*, 2002, 308-313). Daarbij heeft het Hof van Cassatie weliswaar de nadruk gelegd op het (*functionele*) criterium beslissingen te kunnen nemen die derden binden, doch daaruit kan niet worden afgeleid dat de bevoegdheid om beslissingen te kunnen nemen die derden binden in alle gevallen een noodzakelijke voorwaarde is om van een administratieve overheid te kunnen spreken. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de arresten van het Hof van Cassatie steeds betrekking hadden op privaatrechtelijke instellingen.

Kwalificatie van het Auditcomité van de Federale Overheid

Het Auditcomité van de Federale Overheid werd in het leven geroepen door artikel 2 van het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 tot oprichting van het Auditcomité van de Federale Overheid). In dat artikel is bepaald dat het ACFO is onafhankelijk van de beheersorganen van de diensten opgesomd in artikel 1, § 1 en verantwoording aflegt aan de Ministerraad die het bijstaat:

- door hem in te lichten over de betrouwbaarheid van de interne controlesystemen, die in de diensten worden uitgevoerd om de doelstellingen van de regering te bereiken;
- door hem te waarschuwen via de Eerste Minister, als het meent dat de informatie die de diensten produceren of verspreiden van die aard is dat ze het beslissingsproces op het niveau van de federale regering vervalst;
- door hem te waarschuwen via de Minister van Begroting, als het meent dat de financiële en beheersinformatie die de diensten produceren of verspreiden geen getrouw beeld geeft van de toestand of dat ze de heersende normen niet naleeft.

Daartoe baseert het Auditcomité van de federale overheid zich op de interne auditactiviteiten die binnen de diensten zijn uitgevoerd. Het waarborgt de onafhankelijkheid en de doeltreffendheid van de interne auditactiviteiten. Het ziet er op toe dat de aanbevelingen binnen de gepaste tijd en op het geëigende niveau worden genomen.

Het Auditcomité van de federale overheid oefent zijn opdrachten zodanig uit dat het bijdraagt tot het goed bestuur van de diensten en de versterking van de controleketen en de beheersing van de risico's binnen elke dienst en op het niveau van alle diensten bedoeld in artikel 1, § 1.

Verder bepaalt dat artikel dat het ACFO een adviesorgaan is en op collegiale basis functioneert.

Het Auditcomité van de Federale Overheid bezit geen rechtspersoonlijkheid en is een orgaan van de Federale Staat. Op grond van zijn organieke verbondenheid met de Federale Staat is de Commissie van oordeel dat het ACFO als een administratieve overheid in de zin van de wet van 11 april 1994 moet worden beschouwd.

3.2 De toepassing van de wet van 11 april 1994 op de processen-verbaal van het Auditcomité van de Federale Overheid

Alle documenten in het bezit van een administratieve overheid moeten als bestuursdocumenten worden beschouwd in de zin van artikel 1, tweede lid, 2° van de wet van 11 april 1994. Een bestuursdocument is immers “alle informatie, in welke vorm ook, waarover een administratieve overheid beschikt”. Dus ook processen-verbaal van het Auditcomité van de Federale Overheid zijn bestuursdocumenten die onder het toepassingsgebied van de wet van 11 april 1994 vallen.

3.3 De openbaarmaking van processen-verbaal van het Auditcomité van de Federale Overheid

3.3.1 De openbaarmaking van de processen-verbaal op verzoek

Beperkingen op de openbaarmaking van bestuursdocumenten kunnen enkel worden opgelegd voor zover deze bij wet zijn opgelegd. De wet van 11 april 1994 bevat twee soorten beperkingen op het recht van toegang tot bestuursdocumenten.

In de eerste plaats vereist ze dat de aanvrager over een belang doet blijken als hij toegang vraagt tot documenten van persoonlijke aard. Een document van persoonlijke aard is volgens artikel 1, tweede lid, 3° van de wet van 11 april 1994 een “bestuursdocument 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.” Het is vaste adviespraktijk van de Commissie dat deze beperking eng moet worden geïnterpreteerd en slechts van toepassing is op de informatie die onder deze omschrijving valt. Een belang is dus niet automatisch van toepassing op het volledige bestuursdocument als ook andere informatie in het bestuursdocument aanwezig is.

In de tweede plaats bevat de wet van 11 april 1994 in artikel 6 §§ 1-3 mogelijke uitzonderingsgronden waarvan het inroepen in concreto en op pertinente wijze moet worden gemotiveerd, en die ertoe kunnen leiden dat de openbaarmaking moet of kan worden geweigerd.

De Commissie is van mening dat artikel 14 van het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 niet dienstig kan worden ingeroepen om de

openbaarmaking te weigeren, omdat de beperking immers niet bij wet is opgelegd, zoals artikel 32 van de Grondwet vereist.

Voor zover er geen wettelijke redenen zijn om de openbaarmaking te weigeren, moet artikel 14 van het koninklijk besluit van 17 augustus 2007 wijken.

3.3.2 De actieve openbaarmaking van de processen-verbaal

De wet van 11 april 1994 bevat echter geen verplichting om bestuursdocumenten actief openbaar te maken. In die zin kunnen door middel van een koninklijk besluit wel beperkingen worden opgelegd om bestuursdocumenten niet automatisch actief openbaar te maken. Op grond van artikel 14 van het koninklijk besluit van 17 augustus moeten de processen-verbaal dan ook niet op een actieve wijze openbaar worden gemaakt. De Commissie wil er echter op wijzen dat de bepaling geen volledige geheimhouding inhoudt. Ze voert een individuele geheimhoudingsplicht in en daarnaast een institutionele geheimhoudingsplicht voor de leden van het Auditcomité en zijn secretariaat tijdens de uitvoering van de interne auditactiviteiten. Deze lezing wordt bevestigd in het Verslag aan de Koning (*BS* 18 oktober 2007, 54.001).

“Artikel 14, al. 1, voert een verplichting tot vertrouwelijkheid in. Dit is verantwoord omdat de leden van het Auditcomité van de federale overheid niet gebonden zijn door een arbeidscontract noch door een professionele reglementering die ze tot geheimhouding verplicht. Het is dus in hun mandaat dat een analoge waarborg dient te worden ingeschreven.

Deze verplichting tot vertrouwelijkheid geldt uiteraard voor alle personen, al dan niet lid van het comité, die toegang hebben tot beschermde informatie.

Alinea 2 vervolledigt deze bepaling door te stellen dat, in verband met de betrekkingen tussen het Auditcomité van de federale overheid (gevolmachtigde) en de Ministerraad (opdrachtgever van het comité), een tijdelijke verplichting tot vertrouwelijkheid bestaat. Deze is gerechtvaardigd door de noodzaak om de rechten

van de personeelsleden van de overheid en de sereniteit van de interne auditactiviteiten te bewaren.

Het is slechts na afloop van het evaluatieproces, dat ook een tegensprekelijk debat met het management omvat, dat de conclusies worden opgesteld. Zolang een auditopdracht niet afgelopen is, kan het Auditcomité van de federale overheid geen informatie doorgeven aan de Ministers die slechts gedeeltelijk zou kunnen zijn of die nadien zelfs nietig verklaard zou kunnen worden.”

Hieruit volgt dat onder voorbehoud van de uitzonderingsgronden die moeten of kunnen worden ingeroepen op grond van de wet van 11 april 1994 na een concrete beoordeling door het Auditcomité, de processen-verbaal opgesteld in het kader van zijn activiteiten openbaar moeten worden gemaakt. Zij mogen echter niet actief worden openbaar gemaakt, dan nadat de auditactiviteit waarover zij verslag uitbrengen, is beëindigd.

Brussel, 8 juli 2013.

F. SCHRAM
secretaris

M. BAGUET
voorzitster