

**VB**

ORDE VAN  
VLAAMSE  
**BALIES**

**/OV**

Nota

**Opmerkingen OVB bij het wetsvoorstel 'tot wijziging van diverse bepalingen betreffende bestuurlijke handhaving en houdende de oprichting van een Directie Integriteitsbeoordelingen voor Openbare Besturen'**

**dinsdag 28 juni 2022**

**OVB**

1. De Orde van Vlaamse Balies (OVb) wenst vooreerst de parlementaire commissie Binnenlandse Zaken te danken voor de uitnodiging om deel te nemen aan de hoorzitting met betrekking tot het wetsvoorstel 'tot wijziging van diverse bepalingen betreffende bestuurlijke handhaving en houdende de oprichting van een Directie Integriteitsbeoordelingen voor Openbare Besturen' (*Parl. St. Kamer 2019-2020*, nr. 1381/001).

Vermits de afdeling Wetgeving van de Raad van State en de Gegevensbeschermingsautoriteit elk reeds driemaal advies hebben uitgebracht over dit wetsvoorstel,<sup>1</sup> zullen wij ons vanuit onze opdracht beperken tot enkele punten die hierin niet of minder aan bod zijn gekomen.

\*\*\*

#### A. Vermoeden van onschuld

2. Het integriteitsonderzoek en de mogelijk daaropvolgende bestuurlijke maatregel beogen het voorkomen van ernstige en georganiseerde criminaliteit. De OVb is geen voorstander van maatregelen die gebaseerd zijn op info uit het verleden om toekomstig gedrag te voorspellen. We vinden dit onverenigbaar met het vermoeden van onschuld. Zo zou het mogelijk worden om op basis van informatie uit een lopend strafrechtelijk onderzoek waarin nog geen rechterlijke beslissing werd geveld, een maatregel te nemen voor toekomstig gedrag dat mogelijk nooit zal plaatsvinden.

3. Bovendien is de lijst aan strafbare feiten niet altijd logisch in het kader van het opzet van het wetsvoorstel, bv.: waarom zou een onderzoek naar of een eerdere veroordeling voor gijzeling een indicatie zijn van een ernstig risico dat de uitbating van een winkel gebruikt zal worden om in de toekomst (andere) strafbare feiten te plegen? Is hier ook maar enige relevante link met de winkel die een bestuurlijke maatregel ten aanzien van de inrichting rechtvaardigt? Waarom dan bijvoorbeeld ook geen doodslag, verkrachting of andere misdrijven ...

#### B. Het advies van de DIOB

4. De OVb vindt dat het wetsvoorstel niet afdoende omschrijft wat de DIOB effectief zal overmaken aan de verzoekende overheid. Betreft het enkel het niet-bindend advies op basis van de informatie die de DIOB heeft vergaard of ook (een deel van) die informatie zelf?

De Raad van State en de Gegevensbeschermingsautoriteit lezen artikel 16 van het wetsvoorstel zo dat er in het "gemotiveerd advies" geen concrete gegevens mogen worden opgenomen. In zoverre dat een correcte lezing is van die bepaling, zou het advies van de DIOB ieder nut ontberen en zouden beslissingen die daarop gebaseerd zijn vrijwel zeker vernietigbaar zijn wegens schending van het materiële motiveringbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, omdat er dan niet alleen geen motieven voorliggen, maar ook omdat de overheid het advies dan niet kan controleren op zijn materiële en formele zorgvuldigheid op grond van de zgn. vergewisplicht.

Voor zover het advies toch (een deel van) die informatie bevat, moet men zich beraden over de exacte inhoud van de filterfunctie van de DIOB.

5. Artikel 10 van het wetsvoorstel stelt weliswaar dat het gemotiveerde advies van de DIOB geen gegevens mag vermelden die schade zouden kunnen toebrengen aan onder meer het geheim van een lopend strafonderzoek. De OVb mist hier een verwijzing in meer algemene termen naar de procedurele rechten van de partijen, in het bijzonder de rechten van verdediging. Het advies kan leiden tot een bestuurlijke maatregel die een strafrechtelijke behandeling en eventuele veroordeling predateert. Het mag derhalve op generlei wijze invloed hebben op het strafonderzoek en de behandeling door de feitenrechter.

<sup>1</sup> Adv.RvS 6 augustus 2018, nr. 63.791/2/V; Adv. RvS 20 juni 2019, nr. 66.209/2; Adv.RvS 16 september 2020, nr. 67.807/2; Adv.GBA 5 september 2018, nr. 75/2018 Adv.GBA 3 juli 2019,133/2019; Adv.GBA 11 september 2020, nr. 84/2020.

### C. Verhouding tussen DIOB en de overheidsopdrachtenwetgeving

6. Volgens artikel 6 van het wetsvoorstel bestaat de opdracht van de Directie Integriteitsbeoordelingen voor Openbare Besturen (DIOB) erin om op vraag van de “verzoekende overheid” niet-bindende adviezen af te leveren over de criteria opgelijst in het nieuwe artikel 119ter, §6 van de Nieuwe Gemeentewet als de adviesaanvraag betrekking heeft op een integriteitsonderzoek, dan wel de verlening van een subsidie, een overheidsopdracht of een concessie.

Het is evenwel onduidelijk wat het wetsvoorstel verstaat onder “verzoekende overheid” bij gebrek aan een definitie. Ook in de memorie van toelichting zoekt men tevergeefs naar een precieze afbakening. Zo stelt ze “verzoekende overheden” gelijk met “openbaar besturen (gemeenten, provincies, regionale en federale besturen, ongeacht hun organieke inplanting)” (p. 16) en “administratieve overheden” (p. 20), terwijl dat niet noodzakelijk synoniemen zijn.

7. Wat de inhoud van het niet-bindende advies van de DIOB betreft, lijkt de memorie van toelichting te impliceren dat het bijkomende uitsluitingsgronden aanreikt naast de *limitatief* opgesomde verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden in artikelen 67 tot en met 69 van de overheidsopdrachtenwet (p. 26), maar dat is uiteraard niet mogelijk. De aanvrager zal het advies van de DIOB vooral benutten in het kader van zijn eigen beoordeling of er facultatieve uitsluitingsgronden aanwezig zijn.<sup>2</sup>

Toch zal het advies van de DIOB, dat vooral wil nagaan of de kandidaat een ernstig risico op criminele activiteiten vertoont, “gebaseerd op feiten of omstandigheden of redelijke vermoedens”, op dat punt weinig waarde toevoegen. Zelfs als er ernstig risico voorligt, zijn de verplichte uitsluitingsgronden enkel van toepassing indien er sprake is van een geveerd misdrijf waarvoor de kandidaat bij een in kracht van gewijsde gegane beslissing werd veroordeeld. Ook de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derden landen moet worden geattesteerd door een rechterlijke of een administratieve beslissing. In al deze gevallen kunnen bv. “redelijke vermoedens” niet volstaan. Ons inziens viseren ook de facultatieve uitsluitingsgronden *past performances* en zal er dus steeds een vorm van bewijs moeten voorliggen dat verder gaat dan “omstandigheden of redelijke vermoedens”. Hoewel de OVB meent dat het beter is criminaliteit te voorkomen dan te genezen, laat de overheidsopdrachtenwet die benadering niet toe.

8. Voor het overige wenste de OVB nog volgende bedenkingen mee te geven:

- De adviestertermijn voor de DIOB bedraagt uiterlijk 30 dagen na bevestiging van de ontvankelijkheid van de adviesaanvraag. Los van het feit dat het wetsvoorstel geen regeling bevat voor het geval de DIOB deze termijn zou laten verstrijken, leidt de adviestertermijn tot een substantiële vertraging in de reeds aanzienlijke tijd die plaatsingsprocedures nu in beslag nemen.
- De DIOB kan ook internationaal samenwerken met gelijkaardige instellingen om zo informatie te bekomen over buitenlandse kandidaten. Die samenwerking is echter gebaseerd op het principe van wederkerigheid. In geval van een integriteitsonderzoek door de DIOB, kan er onderscheid in behandeling ontstaan tussen de Belgische kandidaat over wie de DIOB gegevens kan inzamelen en die dus strenger beoordeeld wordt, en de buitenlandse kandidaat die uit een land afkomstig is dat geen gegevens wil uitwisselen met de DIOB.
- Artikel 12, §2, derde lid van het wetsvoorstel bepaalt dat de verzoekende overheid het toegezonden advies na drie jaar moet vernietigen, terwijl artikel 164, §4 van de overheidsopdrachtenwet stelt dat documentatie met betrekking tot de plaatsingsprocedure gedurende ten minste 10 jaar moet worden bewaard vanaf de sluiting van de opdracht en in ieder geval tot het einde van de waarborgtermijn. Wegens het gebruik van de term “onverminderd” in artikel 164, §4 van de overheidsopdrachtenwet is het echter niet duidelijk welke bewaringstermijn voorrang krijgt.<sup>3</sup> Een bewaringstermijn van tien jaar houdt wel rekening met de tienjarige aansprakelijkheid van aannemers (artikel 1792 oud Burgerlijk Wetboek) en de verjaringstermijn van vijf jaar voor het indienen van een vordering tot (forfaitaire) schadevergoeding op grond van artikel 16 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’.
- Indien de wetgever wenst door te gaan met dit wetsvoorstel, wordt het beter ingekapseld in de overheidsopdrachtenwet teneinde versnippering van regels op dit gebied te vermijden.

<sup>2</sup> HvJ 19 juni 2019, nr. C-41/18, ov. 28; HvJ 3 oktober 2019, nr. C-267/18, ov. 29.

<sup>3</sup> Weliswaar geldt artikel 164, §4 van de overheidsopdrachtenwet “onverminderd het bepaalde in wetten, decreten en ordonnances inzake archieven”, maar volgens de Beginselen van de Wetgevingstechniek (nr. 3.2) betekent “onverminderd” “los van”, en niet “onder voorbehoud van”. Met andere woorden: door het gebruik van de term “onverminderd” geldt de bewaringstermijn in artikel 164, §4 gelijktijdig met de maximale bewaringstermijn van drie jaar in het artikel 12 van het wetsvoorstel, terwijl die net onverzoenbaar zijn. Uit de memorie van toelichting bij de overheidsopdrachtenwet blijkt niet of de wetgever “onverminderd” in de zin van “onder voorbehoud van” begreep (zie *Parl.St.* Kamer 2015-2016, nr. 1541/001, 201).

*Mutatis mutandis* gelden bovenstaande randnummers ook voor de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten.

#### **D. Onduidelijkheid bij het integriteitsonderzoek**

9. Artikel 18 bepaalt dat het integriteitsonderzoek pas kan worden uitgevoerd na een risicoanalyse. De OVB vraagt zich af waarop deze analyse gebaseerd zal zijn vermits het onderzoek nog zal moeten starten. Het wetsvoorstel stelt dat de modaliteiten bepaald zullen worden bij ministerieel besluit, maar gezien de potentiële impact van deze analyse beschouwt de OVB de modaliteiten als essentiële elementen die derhalve bij wet zouden moeten worden bepaald.

10. De OVB vraagt ook verduidelijking bij §10, die stelt dat de bestuurlijke maatregel slechts mogelijk is nadat de betrokkene of de raadsman mondeling of schriftelijk werd gehoord.

11. Ten slotte maakt de memorie van toelichting gewag van de mogelijkheid om een integriteitsonderzoek voor elke uitbating in een bepaalde sector in te schrijven in de gemeentelijke politieverordening (p. 36). Hier wordt geen melding van gemaakt in het wetsvoorstel zelf. Door haar ruime toepassingsgebied betreft het nochtans een erg ingrijpende maatregel. Het gaat dan immers om een onderzoek waarbij informatie zou worden opgevraagd over personen die louter de “pech” hebben om een inrichting uit te (willen) baten binnen een bepaalde sector. Een dergelijke toepassing lijkt ons derhalve buiten proportie.

#### **E. Bestuurlijke dwangsom en de bestuurlijke verzegeling**

12. Artikel 22 van het wetsvoorstel voegt een nieuw artikel 133<sup>ter</sup> toe in de Nieuwe Gemeentewet. Paragraaf 2 van die bepaling laat de burgemeester toe om een dwangsom op te leggen als hij een bestuurlijke politimaatregel treft. Artikel 30 wijzigt op haar beurt artikel 45 van de wet van 24 juni 2013 betreffende de gemeentelijke administratieve sancties (GAS-wet), zodat ook het college van burgemeester en schepenen dwangsommen kan opleggen in geval van niet-naleving van de sancties bedoeld in artikel 4, §1, 2° tot 4° van die wet.

De OVB meent dat die bepalingen niet ten volle rekening houden met advies nr. 63.791/2/V van de Raad van State. In de eerste plaats doet de huidige formulering van paragraaf 1 van het nieuwe artikel 133<sup>ter</sup> nog altijd uitschijnen dat de bestuurlijke dwangsom tegelijk met de bestuurlijke politimaatregel moet worden opgelegd, wat betekent dat de burgemeester dit niet meer op een later tijdstip kan doen. De formulering van het nieuwe tweede lid van artikel 45 van de GAS-wet laat die ruimte wel. In de tweede plaats bevatten beide bepalingen geen uitgewerkte procedure voor een persoon om omstandigheden aan te kaarten die maken dat hij de opgelegde bestuurlijke politimaatregel of sanctie niet kan naleven. Voorts moet de beroepsprocedure tegen de bestuurlijke dwangsom worden afgestemd op de beroepsprocedure tegen de onderliggende bestuurlijke politimaatregel/sanctie om de rechtszekerheid niet het gedrang te brengen. Om parallelle beroepsprocedures met een andere finaliteit te vermijden, is het aanbevolen om enkel schorsings- en/of vernietigingsberoepen tegen bestuurlijke dwangsommen toe te laten, en geen beroepen in volle rechtsmacht.

13. De OVB stelt zich ook een meer praktische vraag met betrekking tot de bestuurlijke dwangsom. Het doel is namelijk om een gewenst resultaat te bekomen met betrekking tot de naleving van de opgelegde bestuurlijke maatregel. Waar moet de betrokkene echter exact aan tegemoet komen? De maatregel is immers een preventief ingrijpen op basis van eerdere feiten. Er hoeft op dat moment helemaal geen sprake te zijn van een misdrijf dat geredigeerd kan worden.

14. Het nieuwe artikel 133<sup>ter</sup>, §1 en het nieuwe tweede lid van artikel 45 laten respectievelijk de burgemeester en het College van burgemeester en schepenen toe om tot bestuurlijke verzegeling over te gaan. Bij gebrek aan een uitgewerkte (georganiseerde administratieve) beroepsprocedure, meent de OVB dat de betrokkene in elk geval een beroep tot vernietiging of tot schorsing (bij uiterst dringende noodzakelijkheid) kan indienen bij de Raad van State tegen de verzegelingsmaatregel. De noodzakelijkheid hiervan behoeft geen betoog: de intrekking van een vergunning en de bijhorende verzegelingsmaatregel voor zes maanden zal vaak tot het faillissement van de inrichting leiden.