



Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

Afdeling openbaarheid van bestuur

6 december 2023

ADVIES 2023-195

Met betrekking tot de weigering om toegang tot alle documentatie ter voorbereiding van een bestek voor een dienstenconcessie

(CTB/2023/204)

1. Een overzicht van de feiten

1.1. Per aangetekend schrijven van 22 september 2023 verzoekt Roularta Media Group aan de FOD Economie, KMO, Middenstand en Energie om een afschrift van:

“alle documenten (zoals adviezen, voorstellen tot goedkeuring van het bestek of andere beslissingen) in het bezit van de federale overheidsdienst die ter voorbereiding van het bestek [van een door de FOD Economie, K.M.O., Middenstand en Energie gepubliceerde Dienstenconcessie voor (1) perceel 1: de erkenning van kranten volgens de criteria bepaald in artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 maart 2022 betreffende de postdiensten, en de bezorging ervan en (2) perceel 2: de erkenning van tijdschriften volgens de criteria bepaald in artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 maart 2022 betreffende de postdiensten, en de bezorging ervan] werden opgesteld en/of die verklaren (i) waarom er voor perceel 2 geopteerd werd voor de beoordelingsmethode gebaseerd op een procentuele verhoging ten opzichte van het opgelegde day+3 tarief en hoe deze bijgevolg gemotiveerd wordt, (ii) alsook de factoren op basis waarvan de hoogte van dit vast bepaalde day+3 tarief werd vastgesteld, en (iii) hoe bij deze vaststelling rekening werd gehouden met de afwezigheid van enige audit betreffende het gebruik van de overheidsmiddelen die ter beschikking van de concessienemer onder de huidige van toepassing concessie werden gesteld.

Het betreft ten minste:

- *De beslissing van de minister (of de gedelegeerde pers(o)o(en)) tot organisatie van deze procedure en tot goedkeuring van het bestek;*
- *Interne of externe (inclusief, zonder exhaustief te zijn, juridische) adviezen betreffende het bestek en/of de beoordelingsmethode;*
- *Nota's van vergaderingen en overleg inzake het bestek.*
- *Mails en bijlagen naar aanleiding van vergaderingen en overleg inzake het bestek of de goedkeuring van bestek (inclusief, zonder exhaustief te zijn, het integrale goedkeuringsdossier voor het bestek).”*

1.2. De aanvraagster richt een gelijkaardig verzoek aan het BIPT. Dit verzoek maakt geen deel uit van onderhavige vraag om advies.

1.3. Per brief van 24 oktober 2023 vraagt de FOD Economie, overeenkomstig artikel 6, § 5, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: “de wet van 11 april 1994”) om een uitstel van 15 dagen om tegemoet te kunnen komen aan het verzoek, gelet op de complexiteit en omvang van het dossier.

1.4. Aangezien de FOD Economie geen antwoord geeft, richt de aanvraagster per aangetekend schrijven van 13 november 2023 een verzoek tot heroverweging aan het de FOD Economie.

1.5. Per aangetekend schrijven van diezelfde datum richt de aanvraagster tevens een verzoek om advies aan de Commissie voor de Toegang tot en het Hergebruik van Overheidsinformatie, Afdeling Openbaarheid van Bestuur (hierna: “de Commissie”).

1.6. Per gewone post van 21 november 2023 (ontvangen op 27 november 2023) antwoordt de FOD Economie alsnog op het verzoek van de aanvraagster:

“In concreto dienen de besprekingen op politiek niveau beschouwd te worden als geheime beraadslagingen cf. art. 6, § 2, 3°, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur en vormen deze een uitzondering op de vraag om inzage. Wij beschouwen in dit geval echter de notificaties van de beslissing van de ministerraad tot goedkeuring van het bestek als geen afbreuk doende aan het geheime karakter van de beraadslaging en kunnen deze meegeven in bijlage.

De adviezen die verstrekt werden door de juridische consultant, alsook de vergaderingen met deze, vallen onder het beroepsgeheim van de advocaat. De FOD beschikt niet over andere interne of externe juridische adviezen dan die van het advocatenkantoor.

Voor het overige heeft de FOD geen andere documenten geïdentificeerd die overeenstemmen met nota's of e-mails over interne vergaderingen. Hoe dan ook, als er nota's zouden bestaan, quod non, dan zouden het persoonlijke documenten zijn die niet

beantwoorden aan de definitie van administratieve documenten (cf. federale CTB, 1 augustus 2023, 2023-118).”

2. Betreffende de ontvankelijkheid van de vraag om advies

2.1. Impact van de beslissing van de FOD Economie van 21 november 2023

2.1.1. Artikel 6, § 5, van de wet van 11 april 1994 bepaalt het volgende:

“De federale administratieve overheid die niet onmiddellijk op een vraag om openbaarheid kan ingaan of ze afwijst, geeft binnen een termijn van dertig dagen na ontvangst van de aanvraag aan de verzoeker kennis van de redenen van het uitstel of de afwijzing. In geval van uitstel kan de termijn nooit met meer dan vijftien dagen worden verlengd.

Bij ontstentenis van een kennisgeving binnen de voorgeschreven termijn, wordt de aanvraag geacht te zijn afgewezen.”

Het verzoek van de aanvrager dateert van 24 september 2023. De kennisgeving van de termijnsverlenging door de FOD Economie dateert van 22 oktober 2023. De beslissing van de FOD Economie dateert van 21 november 2023.

De beslissing van de FOD Economie is genomen buiten de bij wet voorziene termijn. De oorspronkelijke aanvraag wordt dan ook geacht te zijn afgewezen en de aanvrager was dan ook gerechtigd om een verzoek tot heroverweging bij de FOD Economie en een verzoek om advies bij de Commissie in te dienen overeenkomstig artikel 8, § 2, van de wet van 11 april 1994.

2.1.2. Eenmaal de procedure voor het georganiseerd administratief beroep overeenkomstig artikel 8, § 2, van de wet van 11 april 1994 is opgestart, kan de administratieve overheid pas een nieuwe beslissing nemen binnen vijftien dagen na het overmaken van het advies van de Commissie (artikel 8, § 2, derde lid, van de wet van 11 april 1994).

De FOD Economie heeft niet op het advies van de Commissie gewacht en reeds een beslissing over het verzoek tot heroverweging van aanvrager genomen.

2.1.3. De Raad van State (RvS. 12 december 2003, nr. 126.340) heeft reeds geoordeeld dat administratieve overheden het advies van de Commissie (of het verstrijken van de termijn waarin de Commissie haar advies dient te geven) moeten afwachten alvorens een weigeringsbeslissing aangaande een verzoek tot heroverweging te nemen. Wanneer de administratieve overheid een negatieve beslissing neemt zonder het advies van de Commissie (of het verstrijken van de termijn waarin de Commissie haar advies dient te geven) af te wachten, is de beslissing voorbarig en kan zij niet als de definitieve beslissing worden beschouwd.

2.1.4. Aangezien er bijgevolg nog geen sprake is van een definitieve beslissing, gaat de Commissie er van uit dat het verzoek om advies nog steeds een voorwerp heeft en onderzocht dient te worden.

2.2. De aanvrager heeft voor het overige voldaan aan de vereiste van artikel 8, § 2, van de wet van 11 april 1994 door haar verzoek tot heroverweging aan de FOD Economie en haar verzoek om advies aan de Commissie gelijktijdig in te dienen.

3. Betreffende de grond van de zaak

3.1. Artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 huldigen principieel het recht van toegang tot alle bestuursdocumenten waarover een administratieve overheid beschikt. De toegang tot bestuursdocumenten kan slechts worden geweigerd wanneer één of meer uitzonderingsgronden in artikel 6 van de wet van 11 april 1994 ingeroepen kunnen of moeten worden, en wanneer die uitzonderingsgronden bovendien op afdoende wijze gemotiveerd kunnen worden. Bovendien moeten de wettelijke uitzonderingsgronden beperkend geïnterpreteerd worden (zie o.a. Grondwettelijk Hof, arrest nr. 167/2018 van 29 november 2018).

3.2. De FOD Economie is gehouden om alle gevraagde documenten waarover zij beschikt, over te maken.

Krachtens haar beslissing van 21 november 2023, erkent de FOD over volgende documenten te beschikken:

- de notificatie van de beslissing van de Ministerraad van 10 februari 2023 tot goedkeuring van het bestek;
- de juridische adviezen die de FOD Economie gekregen heeft van haar advocaten;
- “*Voor het overige heeft de FOD geen andere documenten geïdentificeerd die overeenstemmen met nota’s of e-mails over interne vergaderingen*”.

In de mate dat de door de FOD Economie overgemaakte notificatie van 10 februari 2023 zelf al verwijst naar een brief van 8 februari 2023 van de Staatssecretaris voor Begroting, alsook naar een nota van 9 februari 2023 (welke ook onder het voorwerp van het verzoek om inzage lijken te vallen, maar niet werden overgemaakt), lijkt de bewering dat de FOD Economie geen andere documenten in het dossier kan identificeren, incorrect.

In de mate dat het bovendien aannemelijk lijkt dat een bestek voor een dienstenconcessie van dergelijke grootteorde zoals *in casu* (125 miljoen/jaar) het voorwerp uitgemaakt heeft van grondig onderzoek naar de juridische, financiële en andere opportuniteits-aspecten, nodigt de Commissie de FOD Economie uit om verder te onderzoeken of er alsnog andere stukken tot het administratief dossier behoren en desgevallend te verduidelijken waarom dat niet het geval was.

3.3. Ook al kan de beslissing van 21 november 2023 van de FOD Economie nog niet als definitieve beslissing beschouwd worden, kan de Commissie toch de daarin ingeroepen uitzonderingen bij haar onderzoek betrekken.

3.3.1. De FOD Economie stelt dat alle besprekingen op politiek niveau zijn te beschouwen als geheime beraadslagingen, maar stelt dat die uitzonderingsgrond zich niet verzet tegen het overmaken van de notificatie van de beslissing van de Ministerraad.

In de mate dat de FOD Economie in haar beslissing van 21 november 2023 stelt dat zij zich *in casu* niet zal beroepen op artikel 6, § 2, 3°, van de wet van 11 april 1994, om de toegang tot notificaties van de beslissing van de Ministerraad tot goedkeuring van het bestek te weigeren, gaat de Commissie niet nader op deze uitzonderingsgrond in.

De Commissie wil er wel op wijzen dat de interpretatie die de FOD Economie in haar beslissing van 21 november 2023 aan de uitzonderingsgrond in artikel 6, § 2, 3°, van de wet van 11 april 1994 lijkt te geven, verder gaat dan wat de adviespraktijk van de Commissie en de Raad van State toestaan. De Commissie verwijst de FOD Economie onder andere naar de toelichting over deze uitzonderingsgrond in Advies 2023-164, van 4 oktober 2023.

3.3.2. De FOD Economie beroept zich op het beroepsgeheim van de advocaten die haar hebben geadviseerd aangaande het bestek.

Artikel 6, § 2, 2°, van de wet van 11 april 1994 bepaalt dat een federale of niet-federale administratieve overheid de vraag om inzage afwijst wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet aan een bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting.

Volgens de rechtspraak van de Raad van State (RvSt, nr. 202.966, 15 april 2010) moet voor documenten die door een advocaat of een advocatenkantoor zijn opgesteld rekening gehouden worden met het beroepsgeheim dat verbonden is met het ambt van een advocaat (cf. artikel 458 van het Strafwetboek). Deze geheimhoudingsverplichting is erop gericht om het iedereen mogelijk te maken op de best mogelijke manier bijstand te krijgen van een advocaat door de waarborg dat alles wat wordt besproken, vertrouwelijk blijft en niet ter kennis kan komen van derden (GwH 10/2008 van 23 januari 2008; GwH 127/2013 van 26 september 2013 en GwH 174/2018 van 6 december 2018).

De bescherming van het beroepsgeheim geldt niet enkel voor adviezen of documenten die verband houden met een gerechtelijke procedure, maar alle adviezen en briefwisseling in het kader van de ondersteuning die een advocaat aan zijn cliënt geeft.

De FOD Economie kan zich dan ook beroepen op artikel 6, § 2, 2°, van de wet van 11 april 1994 om de toegang tot juridische adviezen van haar raadsman te weigeren.

3.3.3. De FOD Economie stelt tot slot nog dat zelfs indien zij over andere nota's of e-mails naar aanleiding van interne vergaderingen zou beschikken, deze als persoonlijke documenten, en niet als "bestuursdocumenten" te beschouwen zijn.

De FOD Economie verwijst hierbij naar het advies van de Commissie nr. 2023-188, van 1 augustus 2023, en het advies nr. 2023-152, van 28 september 2023.

De Commissie wijst er evenwel op dat de FOD Economie een foutieve lezing geeft aan voormelde adviezen van de Commissie. Voormelde adviezen betroffen louter verzoeken tot inzage van persoonlijke, handgeschreven nota's en aantekeningen van ambtenaren op basis waarvan vervolgens de eigenlijke stukken werden opgesteld.

De Commissie wijst de interpretatie van de FOD Economie af dat elk interne nota of e-mail als een persoonlijke document te beschouwen zou zijn. Een dergelijke benadering zou immers tot gevolg hebben dat enkel een eindbeslissing bekendgemaakt zou kunnen worden en dat het begrip "bestuursdocument" zou worden verengd tot "bestuursbeslissingen", met uitsluiting van onder meer (voorbereidende) adviezen. Die interpretatie vindt geen steun in de wet. De wetgever is er immers van uitgegaan dat niet enkel de beslissingen, maar evenzeer de voorbereidende documenten die aan een beslissing ten grondslag liggen, door het begrip "bestuursdocument" worden gevat (Vergelijk: Advies van 18 mei 2020, nr. 2020-40). Adviezen en verslagen van vergaderingen zijn elk op zich als afzonderlijke bestuursdocumenten te beschouwen en moeten elk op zich beoordeeld worden in het licht van eventuele uitzonderingsgronden.

3.4. De Commissie wenst tot slot nog te wijzen op het principe van de gedeeltelijke openbaarheid. Dit houdt in dat enkel informatie in een bestuursdocument die onder een uitzonderingsgrond valt, aan de openbaarheid kan worden onttrokken. De andere informatie in het bestuursdocument moet evenwel openbaar worden gemaakt.

Brussel, 6 december 2023

I. DELHEZ
Vervangend secretaris

L. DONNAY
Voorzitter