

Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie

Vlaamse Regering
Diensten voor het Algemeen Regeringsbeleid
Afdeling Kanselarij

Boudewijnlaan 30, bus 20
1000 Brussel

tel. secretariaat: 02/553.57.03
fax secretariaat: 02/553.57.02
e-mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer : OVB/2009/75

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Gelet op het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie;

Gelet op het oorspronkelijke verzoek dd. 25 april 2009 van ■■■, gericht aan de Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel N.V. (verder 'BAM'), Rijnkaai 37 te 2000 Antwerpen, waarbij werd verzocht om hem een afschrift te willen bezorgen van:

- 1) BAM (2004), Masterplan Antwerpen, Maatschappelijke kosten-batenanalyse weg- en openbaarvervoersprojecten, Eindrapport, Antwerpen;
- 2) het rapport Faber Maunsell AECOM (2006), Oosterweel Crossing, Traffic and Revenue Forecasts - Due Diligence Report, Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, St Albans, UK;

Gelet op het beroepschrift van ■■■ dd. 24 mei 2009 tegen de beslissing van BAM dd. 14 mei 2009 waarbij enerzijds het eerste deel van het verzoekschrift van ■■■ werd ingewilligd maar niet tijdig werd uitgevoerd, aldus de beroepsindiener en waarbij anderzijds de openbaarmaking van het rapport Faber Maunsell werd geweigerd;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 25 mei 2009;

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Overwegende dat het oorspronkelijke verzoek tot openbaarmaking dateert van zaterdag 25 april 2009; dat de beslissing van BAM dateert van 14 mei 2009; dat in deze beslissing de beroepsmogelijkheden en de modaliteiten van het beroep werden vermeld;

Overwegende dat het beroepschrift werd ingediend bij de beroepsinstantie per mail dd. zondag 24 mei 2009 en geregistreerd werd op 25 mei 2009;

Overwegende dat daaruit volgt dat het beroep binnen de in artikel 22, lid 2 van het decreet van 26 maart 2004 gestelde termijn van 30 dagen is ingediend;

Overwegende dat het beroepsschrift dd. 24 mei 2009 dan ook als ontvankelijk wordt beschouwd;

Wat de gegrondheid betreft:

Overwegende dat in overeenstemming met artikel 7, tweede lid van het decreet van 26 maart 2004 het recht op passieve openbaarheid betrekking heeft op bestuursdocumenten; dat op grond van deze bepaling elke instantie in principe verplicht is aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten, dat de openbaarmaking slechts kan geweigerd worden mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingsgronden, zoals gestipuleerd in de artikelen 11 tot en met 15 van voormeld decreet;

Overwegende dat een bestuursdocument in artikel 3, 4° van dit decreet gedefinieerd wordt als de drager, in welke vorm ook, van informatie waarover een instantie beschikt; dat het recht op openbaarheid aldus maar kan worden uitgeoefend voor zover het gaat om informatie die gematerialiseerd werd op een drager;

Overwegende dat het openbaarheidsdecreet, voor wat betreft de uitzonderingen op het recht op openbaarheid, een onderscheid maakt naargelang het gaat om een aanvraag tot openbaarmaking die betrekking heeft op milieu-informatie dan wel op andere informatie;

Eerste onderdeel: Rapport BAM (2004), Masterplan Antwerpen, Maatschappelijke kosten-batenanalyse weg- en openbaarvervoersprojecten

Overwegende dat de verzoeker op 25 april 2009 enerzijds een afschrift vroeg van “BAM (2004), Masterplan Antwerpen, Maatschappelijke kosten-batenanalyse weg- en openbaarvervoersprojecten, Eindrapport, Antwerpen”; dat BAM per mail dd. 14 mei 2009 aan de verzoeker meedeelde dat wat dit eerste onderdeel van het oorspronkelijk verzoekschrift betreft er geen bezwaren bestonden tegen de vrijgave van dit rapport en dat dit document bijgevolg eerstdaags per elektronische drager zou worden overgemaakt;

Overwegende dat BAM op 4 juni 2009 per mail aan de beroepsinstantie meedeelde dat het rapport “BAM (2004), Masterplan Antwerpen, Maatschappelijke kosten-batenanalyse weg- en openbaarvervoersprojecten” op cd-rom en per aangetekende brief van 27 mei 2009 werd overgemaakt; dat de beroepsinstantie van BAM een kopie ontving van de ingescande begeleidende brief en het bewijs van de aangetekende verzending; dat bijgevolg wordt aangenomen dat het oorspronkelijk verzoek alsnog werd ingewilligd en dit binnen de in artikel 20, § 3, eerste lid van het openbaarheidsdecreet voorziene termijn; dat het beroepsschrift wat dit eerste onderdeel betreft bijgevolg **zonder voorwerp** moet worden beschouwd;

Tweede onderdeel: het rapport Faber Maunsell AECOM (2006), Oosterweel Crossing, Traffic and Revenue Forecasts - Due Diligence Report, Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel, St Albans, UK

Overwegende dat de verzoeker op 25 april 2009 anderzijds een afschrift vroeg van het due diligence-rapport Faber Maunsell AECOM; dat BAM op 14 mei 2009 aan de verzoeker meedeelde de openbaarmaking te moeten weigeren op grond van artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet; dat het document immers een belangrijke rol vervult in de aanbestedingsprocedure met het oog op de financiering van het project Oosterweelverbinding, waarbij de vertrouwelijkheid noodzakelijk is ter vrijwaring van de financiële en economische belangen van BAM en van haar onderhandelingspositie in die aanbestedingsprocedure; dat BAM daarom van oordeel was dat het belang van de openbaarheid in deze niet opweegt tegen de bescherming van voormelde belangen;

Overwegende dat de beroepsindieners in zijn beroepschrift dd. 24 mei 2009 schrijft dat de Faber Maunsell-studie handelt over verkeersbewegingen; dat dit volgens hem als milieu-informatie te beschouwen is, ongeacht de financiële conclusies die het document vermoedelijk ook bevat;

Overwegende dat BAM na verzoek tot toelichting per mail dd. 4 juni 2009 aan de beroepsinstantie meedeelde dat het rapport Faber Maunsell AECOM een due diligence onderzoek is van de financieel-economische studie die BAM heeft verricht met betrekking tot de toelinkkomsten van de Oosterweelverbinding; dat uiteraard die toelinkkomsten gerelateerd zijn aan verkeersprognoses, doch dat dit volgens BAM geen impact heeft op de wezenlijk financiële aard van het document in kwestie; dat de verkeersbewegingen die in kaart worden gebracht in deze studie op geen enkele manier worden getoetst op een andere impact dan hun financiële impact;

Overwegende dat artikel 3, 5° van het openbaarheidsdecreet gedetailleerd opsomt wat onder milieu-informatie moet verstaan worden;

Overwegende dat BAM aan de beroepsinstantie op 4 juni 2009 een afschrift bezorgde van het rapport Faber Maunsell; dat uit nazicht door de beroepsinstantie is gebleken dat dit rapport bestaat uit 7 hoofdstukken; dat de gegevens betreffende verkeersbewegingen **vermoedelijk** ook kunnen leiden tot bepaalde informatie betreffende de impact van die verkeersbewegingen op bijvoorbeeld het milieu en de menselijke gezondheid; dat het verkeer en de daarmee gepaard gaande emissies **ongetwijfeld** een bepaalde impact hebben op het milieu; dat uit nazicht is gebleken dat dit aspect van de verkeersbewegingen echter niet het voorwerp uitmaakt van het Faber Maunsell rapport en er dus ook niet aan bod komt; dat het rapport een verslag bevat van het zorgvuldigheidsonderzoek van de analyse van de trafiekstromen en de inkomstenvoorspellingen voor de Oosterweelverbinding die TVSAM (Studiegroep Antwerpen Mobiel) namens BAM heeft uitgevoerd; dat de beroepsinstantie van oordeel is dat van enige milieu-informatie als dusdanig geen sprake is in het rapport;

Overwegende dat BAM de openbaarmaking van het rapport weigerde op grond van artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet op grond waarvan een aanvraag tot openbaarmaking, voorzover die geen betrekking heeft op milieu-informatie, wordt afgewezen wanneer het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen een economisch, financieel of commercieel belang van de desbetreffende instantie;

Overwegende dat deze uitzonderingsgrond tot doel heeft de economische, financiële en commerciële belangen van alle instanties die onder de bevoegdheid van de gehele Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest vallen te beschermen tegen het risico van speculatieve

dadens die voorkennis van informatie kan meebrengen (zie de Memorie van Toelichting, *Parl.St.*, Vlaams Parlement, 2002-2003, nr. 1732/1, blz. 28);

Overwegende dat er daarom moet worden nagegaan of de eventuele openbaarmaking van het bedoelde Faber Maunsell rapport mogelijk voorkennis van informatie zou kunnen inhouden met risico op speculatieve dadens;

Overwegende dat BAM per mail van 16 juni 2009 aan de beroepsinstantie verduidelijkte dat het Faber Maunsell rapport beschouwd moet worden als een stress-test van de studie die BAM heeft verricht inzake de financierbaarheid van de Oosterweelverbinding; dat het rapport de aannames en variaties vermeldt inzake verkeerscijfers, die de grondslag vormen voor de prognoses inzake de inkomsten van de Oosterweelverbinding en de (statistische) spreiding van deze inkomsten; dat deze inkomstenprognoses cruciaal zijn in de aanbestedingsprocedure voor de financiering van het project, aangezien ze bepalend zullen zijn voor het bedrag dat BAM zal kunnen ontfanen; dat het noodzakelijk is dat de gedetailleerde inschattingen van toelinkomsten en van variaties daarin niet openbaar worden gemaakt; dat, apart van het financieringsdossier Oosterweelverbinding er immers ook de aanbestedingsprocedure voor de bouw van de Oostewerweelverbinding is, waaromtrent de onderhandelingen nog steeds lopende zijn en waarin BAM onderhandelt, o.a. in functie van de meest gunstige prijs; dat de bekendmaking van de informatie in het Faber Maunsell rapport de onderhandelingspositie van BAM ten aanzien van de voorkeursbieder in het gedrang kan brengen;

Overwegende dat BAM daaraan toevoegt dat de aanbestedingsprocedure voor de financiering van een project van deze omvang bij uitstek een vertrouwelijke en serene behandeling vereist; dat het Faber Maunsell rapport een hoeksteen is in de onderhandelingen met financiers, gezien het hen het noodzakelijke vertrouwen moet bieden inzake de terugbetalingscapaciteit van BAM; dat bijgevolg ook de belangen van BAM en diens positie in de onderhandelingen kunnen geschaad worden indien dit rapport, geheel of ten dele, het voorwerp zou gaan uitmaken van een publiek debat, waarin de aannames van BAM door derden in vraag worden gesteld;

Overwegende dat uit het onderzoek door de beroepsinstantie is gebleken dat het Faber Maunsell rapport een zorgvuldigheidsonderzoek bevat van de door TVSAM uitgewerkte analyses en prognoses; dat dit rapport bestaat uit een 7-tal hoofdstukken met controles van allerhande analyses en prognoses met betrekking tot de verkeersstromen in de Antwerpse regio; dat er m.a.w. een onderzoek werd gedaan naar het door TVSAM gevoerde onderzoek naar de huidige verkeersstromen en naar de toekomstige verkeersstromen bij inschakeling van de Oosterweelverbinding en naar de raming van de toelopbrengsten;

Overwegende dat de verkeerscijfers op het eerste gezicht lijken te overheersen in het rapport; dat deze verkeerscijfers echter de basis vormen voor de inkomstenberekeningen die het rapport bevat; dat zonder deze verkeerscijfers geen inkomstenberekeningen kunnen gemaakt worden waardoor zij, net als de inkomstenberekeningen zelf, *in casu* beschouwd moeten worden als gegevens met een economisch-financieel karakter;

Overwegende dat volgens het oordeel van de beroepsinstantie de argumentatie van BAM gegrond is; dat het zonder meer vrijgeven van deze informatie inderdaad schade zou kunnen toebrengen aan de financiële belangen van BAM; dat het risico bestaat, wanneer er met bidders moet onderhandeld worden over de meest gunstige prijs; dat de openbaarmaking van

gegevens over de mogelijke financiële slagkracht van BAM haar eigen onderhandelingspositie zou ondermijnen;

Overwegende dat artikel 9 van het openbaarheidsdecreet de gedeeltelijke openbaarmaking van een bestuursdocument vooropstelt; dat, wanneer de gevraagde informatie voor een deel bestaat uit informatie waarvoor een uitzonderingsgrond kan worden ingeroepen, dan enkel het overige gedeelte van de gevraagde informatie openbaar moet worden gemaakt, althans voor zover het mogelijk is om de genoemde informatie te scheiden van de andere informatie;

Overwegende dat, gelet op de samenhang tussen de verkeersgegevens en de hieruit afgeleide inkomstenberekeningen in het Faber Maunsell rapport, de beroepsinstantie de mening is toegedaan dat beide soorten gegevens danig met elkaar verweven zijn, dat het niet opportuun is enkel de analyses en prognoses van de verkeersstromen, los van de gemaakte voorspellingen inzake tolinkomsten openbaar te maken; dat zelfs de openbaarmaking van gedeelten van het rapport aan kandidaat-bieders de onderhandelingspositie van BAM in het gedrang kan brengen;

Overwegende dat de beroepsindieners ter staving van zijn beroepschrift voorts argumenteert dat het Faber Maunsell rapport een openbaar karakter zou hebben aangezien het ook al in het bezit zou zijn van andere instanties en specifieke derden;

Overwegende dat BAM aan de beroepsinstantie meedeelde dat de terbeschikkingstelling van het rapport aan andere instanties en specifieke derden telkens is gebeurd onder de dekking van een ter zake noodzakelijke vertrouwelijkheid; dat de documenten die in het kader van het alternatievenonderzoek benodigd waren door ARUP-SUM, door BAM werden overgemaakt aan de administratieve begeleidingscommissie, aangeduid door de Vlaamse Regering; dat deze commissie aan BAM een vertrouwelijke behandeling van deze documenten heeft gegarandeerd, terwijl er in het kader van het voornoemde onderzoek ook een contractuele vertrouwelijkheidsverplichting was opgelegd aan ARUP-SUM; dat uit het loutere feit dat ARUP-SUM inzake zou gekregen hebben van het Faber Maunsell rapport, niet valt af te leiden dat het om een openbaar document zou gaan;

Overwegende dat de beroepsindieners tevens het openbaar karakter van de Faber Maunsell studie afleidt uit het feit dat deze studie ook al aan leden van het Vlaams Parlement ter beschikking zou gesteld zijn; dat hieromtrent dient opgemerkt te worden dat het inzage- en controlerecht van parlementsleden, zoals geregeld in het Reglement van het Vlaams Parlement, qua aard en draagwijdte fundamenteel verschilt van de passieve openbaarheid van bestuur zoals voorzien in het Decreet van 26 maart 2004; dat het parlementair controlerecht een andere finaliteit heeft dan het openbaarheidsdecreet; dat het niet behoort tot de taken van de beroepsinstantie om het Faber Maunsell rapport te toetsen aan dit parlementair controlerecht;

Overwegende dat uit het bovenstaande blijkt dat de reeds vroegere terbeschikkingstellingen van het rapport niet kaderen binnen de openbaarheid van bestuur;

Overwegende dat de beroepsindieners in zijn beroepschrift tenslotte opwerpt dat intussen bekend is dat de aanbesteding voor de financiering van het Masterplan zal hernomen worden en dat er een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk is; dat er dus geen lopende onderhandelingen meer zijn betreffende de financiering van het project;

Overwegende dat BAM in haar mail van 4 juni 2009 aan de beroepsinstantie hierop antwoordt dat ook in hoofde van de bidders in de aanbesteding van de financiering Oosterweelverbinding een vertrouwelijkheidsverplichting werd opgelegd als voorwaarde voor toegang tot de daartoe ingestelde dataroom; dat het gegeven dat deze aanbestedingsprocedure ondertussen opgeschort zou zijn en er mogelijk een nieuwe procedure dient te worden opgestart, geen afbreuk doet aan het gegeven dat de openbaarmaking van bepaalde stofferende gegevens, zoals het Faber Maunsell rapport in het bijzonder, de economische en financiële belangen van BAM kan schaden; dat de erin vermelde financiële inschattingen en aannames dezelfde blijven en derhalve delicate informatie uitmaken, ook in een eventuele nieuwe aanbestedingsprocedure; dat de uitsluitingsgrond waarop BAM zich heeft gebaseerd om de openbaarheid te weigeren, dus onverkort blijft gelden.

Overwegende dat het beroepschrift voor wat betreft het tweede onderdeel ervan bijgevolg **ongegrond** moet worden verklaard;

Overwegende dat de beroepsindiener echter vermeldt dat hij het rapport Faber Maunsell in het verleden reeds heeft opgevraagd bij minister Van Mechelen; dat het kabinet van minister Van Mechelen aan de beroepsindiener toen liet weten slechts over een deel van het rapport te beschikken, namelijk hoofdstuk 5 'Central case traffic and revenue forecasts'; dat dit onderdeel van de studie door het kabinet van minister Van Mechelen werd bezorgd aan de beroepsindiener; dat voor dit gedeelte van het rapport Faber-Maunsell het beroep bijgevolg **zonder voorwerp** is;

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van [REDACTED] tegen de beslissing van BAM dd. 14 mei 2009 waarbij enerzijds het eerste deel van het verzoekschrift werd ingewilligd maar niet tijdig zou uitgevoerd zijn en waarbij anderzijds de openbaarmaking van het rapport Faber Maunsell werd geweigerd, wordt als ontvankelijk en deels zonder voorwerp, deels ongegrond beschouwd

Brussel, 19 juni 2009

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter