

Vlaamse overheid

**Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur
en hergebruik van overheidsinformatie
afdeling openbaarheid van bestuur**

Boudewijnlaan 30 bus 20

1000 BRUSSEL

T : 02 553 57 25

F : 02 553 57 02

Mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer: OVB/2016/193

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 per e-mail d.d. 23 augustus 2016 van ■■■ aan deFilharmonie vzw, Braziliëstraat 15, 2000 Antwerpen, om hem alle documenten te bezorgen met betrekking tot 'branding/merkidentiteit deFilharmonie';

Gelet op de gedeeltelijke weigeringsbeslissing d.d. 14 september 2016 van deFilharmonie vzw;

Gelet op het beroepschrift d.d. 29 september 2016 van ■■■ tegen voormelde beslissing van deFilharmonie vzw;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 29 september 2016;

Gelet op de beslissing van de beroepsinstantie d.d. 26 oktober 2016 tot verlenging van de termijn om uitspraak te doen over het beroepschrift, overeenkomstig artikel 24, §1, tweede lid van het openbaarheidsdecreet;

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Overwegende dat het oorspronkelijke verzoek tot openbaarmaking dateert van 23 augustus 2016; dat de in beroep aangevochten beslissing dateert van 14 september 2016; dat daarbij het in artikel 22 van het openbaarheidsdecreet bepaalde recht van beroep en de te eerbiedigen termijn en modaliteiten niet

werden vermeld, waardoor de termijn om beroep in te stellen overeenkomstig artikel 35, tweede lid van het openbaarheidsdecreet van 26 maart 2004 een aanvang neemt vier maanden nadat de betrokkene van de beslissing in kennis werd gesteld;

Overwegende dat het beroepschrift de datum draagt van 29 september 2016 en tijdig werd ingesteld;

Overwegende dat een beroep maar op ontvankelijke wijze bij de beroepsinstantie aanhangig kan gemaakt worden, voor zover het is gericht tegen een beslissing van een instantie bedoeld in artikel 4,§1 van het decreet van 26 maart 2004 over een aanvraag tot openbaarmaking van bestuursdocumenten in de zin van artikel 3, 4° van het decreet, door het verlenen van inzage, het verschaffen van uitleg of het overhandigen van een afschrift; dat het decreet “instantie” zoals blijkt uit artikel 3, 3° van het decreet, de begrippen “bestuursinstantie” en milieu-instantie” overkoepelt;

Overwegende dat artikel 3, 1°, lid 1 van het decreet van 26 maart 2004 een bestuursinstantie definieert als:

- a) Een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie;
- b) Een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen, die in hun werking bepaald en gecontroleerd worden door een bestuursinstantie zoals bedoeld in a);
- c) Een natuurlijke persoon, een groepering van natuurlijke personen, een rechtspersoon of groepering van rechtspersonen, voor zover ze door een bestuursinstantie zoals bedoeld in a) belast zijn met de uitoefening van een taak van algemeen belang of voor zover zij een taak van algemeen belang behartigen en beslissingen nemen die derden binden;

Overwegende dat artikel 3, 1°, lid 1 a) van het openbaarheidsdecreet de publiekrechtelijke rechtspersonen betreft; dat de vzw deFilharmonie niet kan beschouwd worden als een rechtspersoon die is opgericht bij of krachtens de Grondwet, een wet, decreet of ordonnantie;

Overwegende dat vervolgens in het licht van artikel 3, 1°, lid 1 b) van het openbaarheidsdecreet moet onderzocht worden of de vzw deFilharmonie beschouwd kan worden als een rechtspersoon die in zijn werking bepaald en gecontroleerd wordt door een bestuursinstantie zoals bedoeld in artikel 3, 1° lid 1, a) van voormeld decreet;

Overwegende dat zowel natuurlijke als rechtspersonen van wie de werking wordt bepaald en gecontroleerd door een bestuursinstantie zoals bedoeld in artikel 3, 1°, lid 1, a) van het decreet van 26 maart 2004, onder het begrip “bestuursinstantie” vallen; dat dit criterium twee cumulatief te vervullen voorwaarden formuleert, nl. de werking van een persoon wordt gereguleerd en gecontroleerd door de overheid; dat, uit rechtspraak van de Raad van State (arrest nr. 221.642 van 6 december 2012 in de zaak A. 203.163/XII-6796) blijkt dat de inmenging van de overheid in de zin van artikel 3, 1°, lid 1, b) fundamenteel moet zijn;

Overwegende dat de beroepsinstantie opmerkt dat artikel 11 van de statuten van de vzw deFilharmonie, zoals die werden gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 9 juli 2004, bepalen dat de vereniging wordt bestuurd door een raad van bestuur van tenminste drie leden en ten hoogste vijftientig leden,

Overwegende dat de erkenning van de vzw deFilharmonie als een instelling van de Vlaamse Gemeenschap, samenhangt met de toekenning van subsidies, waarbij de toekenning van die financiële middelen op zijn beurt gekoppeld is aan het afsluiten en uitvoeren van een beheersovereenkomst met de Vlaamse overheid (laatste in 2011) die betrekking heeft op de werking van de vzw en waarbij controle is voorzien; dat er uit volgt dat de vzw deFilharmonie bijgevolg voldoet aan de voorwaarden van artikel 3, 1°, lid 1, b) van het openbaarheidsdecreet; dat bijgevolg de regeling inzake openbaarheid van bestuur zoals bepaald in het openbaarheidsdecreet van 26 maart 2004 van toepassing is op de betrokken vzw;

Wat de gegrondheid betreft:

Overwegende dat de openbaarmaking slechts kan geweigerd worden, mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingen, zoals gestipuleerd in de artikelen 11 tot en met 15 van voormeld decreet;

Overwegende dat de beroepsinstantie deFilharmonie vzw verzocht om de gevraagde stukken over te maken evenals bijkomende commentaar te leveren;

////////////////////////////////////

Eerste onderdeel: begeleidende documenten in verband met de offerteaanvraag

Overwegende dat volgende documenten aan de beroepsinstantie werden overgemaakt door de vzw deFilharmonie:

- 1/ ontvankelijkheidsverklaring van de ontvangen offertes d.d. 9 augustus 2016;
- 2/ 'evaluatie 1' d.d. 10 augustus 2016 van ingediende voorstellen;
- 3/ 'gemotiveerde beslissing' dd. 29 augustus 2016 waarbij werd besloten om de twee laagst gequoteerde kantoren niet verder uit te nodigen voor de onderhandelingsronde;
- 4/ 'evaluatie 2' van ingediende voorstellen na de genegotieerde BAFO-fase;
- 5/ 'gemotiveerde beslissing' d.d. 29 augustus 2016 na de finale BAFO-evaluatie;

Overwegende dat de beroepsinstantie uit het dossier kan opmaken dat enkel het voormelde bestuursdocument vermeld onder 3) de gemotiveerde beslissing dd. 29 augustus 2016, waarbij werd besloten om de twee laagst gequoteerde kantoren niet verder uit te nodigen voor de onderhandelingsronde, reeds door de vzw deFilharmonie aan de verzoeker werd overgemaakt;

Overwegende dat het aan de beroepsinstantie toekomt te oordelen over het voorliggend beroep;

Overwegende dat met betrekking tot bovenvermelde documenten 1, 2, 4 en 5 de beroepsinstantie het volgende vaststelt:

- het document 1 betreft de ontvankelijkheidsverklaring door de vzw deFilharmonie van de ontvangen offertes waarbij opeenvolgend in tabelvorm de naam van de kandidaten wordt vermeld, naast de datum en uur van ontvangst van de offerte;
- de documenten 2, 4 en 5 zijn gunningsverslagen die zijn opgesteld in tabelvorm, waarbij per kandidaat de 5 gunningscriteria van het bestekdocument worden beoordeeld en er scores worden toegekend en vermeld; dat in die documenten evenwel geen vertrouwelijke commerciële gegevens van de betrokken kandidaten is vermeld;

Overwegende dat de beroepsinstantie vaststelt dat voor voormelde documenten ook geen andere wettelijke of decretale uitzonderingsgronden kunnen worden ingeroepen om de openbaarmaking ervan te weigeren; dat de beroepsinstantie bijgevolg concludeert dat deze documenten voor openbaarmaking in aanmerking komen;

Overwegende dat het beroep voor dit onderdeel als **gegrond** moet worden beschouwd;

Tweede onderdeel: de eigenlijke offertes van de overige kandidaten

Overwegende dat blijkt dat verzoeker niet alleen de openbaarmaking wenste van de voormelde documenten maar ook van de ingediende voorstellen (offertes) van de deelnemende grafische kantoren;

Overwegende dat de vzw deFilharmonie aan de beroepsinstantie, ter informatie, een kopie bezorgde van de ingediende offerte van verzoeker zelf, waarin duidelijk de creatieve input van een grafisch kantoor bij een offerte wordt aangetoond, en verder meedeelde dat de openbaarmaking van de overige offertes moet

geweigerd worden omwille van de bescherming van de creatieve arbeid die werd gepresteerd in hun ingediende voorstellen;

Overwegende dat de beroepsinstantie vaststelt dat de offertes uitgaan van grafische kantoren waarbij hun creatieve inbreng, naast de totaalprijs, centraal staat; dat de beroepsinstantie niet voorbij kan aan de creatieve inhoud in de offertes, wat kan worden gezien als persoonlijke, creatieve arbeid die beschermd wordt door het auteursrecht;

Overwegende dat in het openbaarheidsdecreet de bescherming van het auteursrecht niet als uitzondering voorkomt; dat de intellectuele eigendom volgens art. 6, §1, VI, lid 5, 7° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, een federale aangelegenheid is; dat het ontbreken van regels op het vlak van de bescherming van intellectuele rechten, waaronder het auteursrecht, een gevolg is van de onbevoegdheid van de decreetgever; dat het openbaarheidsdecreet de federale regelgeving betreffende de intellectuele rechten onverlet laat en instanties er niet van ontslaat die regelgeving te eerbiedigen bij het nemen van beslissingen over aanvragen tot openbaarmaking;

Overwegende dat deze aangelegenheden op federaal niveau voorheen geregeld werd in artikel 1, §1 van de wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht en de naburige rechten; dat deze wet werd opgeheven door artikel 32, §2, eerste lid, gedachtestreep 9, van de wet van 19 april 2014 houdende invoeging van boek VI, ‘intellectuele eigendom’ in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van bepalingen eigen aan boek XI in de boeken I, XV en XVII van hetzelfde wetboek; dat de inhoud van de vroegere wet van 30 juni 1994 betreffende het auteursrecht werd overgenomen in het thans geldende Wetboek van economisch recht;

Overwegende dat uit artikel XI.165 en volgende van het Wetboek van economisch recht, in werking getreden op 1 januari 2015, volgt dat het recht om een werk van letterkunde of kunst te produceren op welke wijze en in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk, uitsluitend is voorbehouden aan de auteur; dat een werk de bescherming geniet van een auteursrecht als het van oorspronkelijkheid getuigt, wat inhoudt dat het werk de persoonlijke stempel draagt van de maker; dat de bescherming van rechtswege ontstaat;

Overwegende dat de beroepsinstantie uit de enige offerte van de verzoeker bij wijze van voorbeeld, kan vaststellen dat de creatieve inbreng in de offertes zeker het vereiste individuele belang vertoont om door het auteursrecht te worden beschermd; dat de overhandiging van een afschrift zonder toestemming van de grafische kantoren een schending inhoudt van het auteursrecht, behoudens de in het bovenvermeld wetboek vermelde uitzonderingen; dat in casu geen dergelijke uitzonderingen van toepassing kunnen worden geacht op de creatieve inbreng van de grafische kantoren opgenomen in hun offertes; dat in het openbaarheidsdecreet bovendien geen bepaling voorkomt die een instantie verplicht de auteursrecht-hebbende te vragen of en onder welke voorwaarden een aanvrager een afschrift mag worden overhandigd;

Overwegende dat voor wat betreft de openbaarmaking van de verschillende offerten, het beroep als **ongegron**d moet worden beschouwd;

////////////////////////////////////

Overwegende dat de offertes ook melding dienden te maken van de totaalprijs; dat de beroepsinstantie opmerkt dat conform artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet de aanvraag tot openbaarmaking dient te worden afgewezen indien het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren;

Overwegende dat de beroepsinstantie van oordeel is dat deze informatie nl. de totaalprijs moet worden bestempeld als commerciële en bedrijfsgevoelige informatie van de betrokken inschrijvers voor de offerteaanvraag; dat met de bescherming van het vertrouwelijke karakter van deze commerciële gegevens duidelijk een gelegitimeerd economisch belang wordt gevrijwaard, namelijk voorkomen dat er significante schade zou worden toegebracht worden aan de betrokken grafische kantoren door het openbaar maken van deze gegevens en daardoor de mogelijkheid creëren dat aan een concurrent een competitief voordeel zou worden gegeven voor mogelijke toekomstige gelijkaardige opdrachten; dat het belang van de openbaarheid dan ook niet opweegt tegen de bescherming van het belang dat gepaard gaat met het hiervoor geciteerd vertrouwelijke karakter van deze commerciële informatie van deze firma's;

Overwegende dat artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet evenwel de mogelijkheid biedt om alsnog de openbaarmaking te bekomen, mits toestemming van de betrokkenen die de vertrouwelijke commerciële gegevens hebben bezorgd aan de bestuursinstantie; dat de beroepsinstantie heeft vastgesteld dat de vzw deFilharmonie twee grafische kantoren heeft gecontacteerd, waarvan één formeel weigerde en een ander een voorwaardelijke toestemming gaf nl. indien alle anderen ook openbaarheid verleenden;

Overwegende dat de beroepsinstantie de twee overige grafische kantoren heeft gecontacteerd, waarvan één formeel weigerde en een ander niet heeft gereageerd;

Overwegende dat de beroepsinstantie aldus heeft vastgesteld dat geen toestemming werd verleend voor openbaarmaking van de totaalprijs zoals opgenomen in de offerten;

Overwegende dat de openbaarmaking van de totaalprijs in de verschillende offerten het beroep als **ongegrond** moet worden beschouwd;

Na beraadslaging

BESLUIT:

Het beroepschrift d.d. 29 september 2016 van [REDACTED], tegen de gedeeltelijke weigeringsbeslissing van vzw deFilharmonie is ontvankelijk, deels gegrond, deels ongegrond.

Bijgevolg dienen volgende documenten openbaar te worden gemaakt door er een afschrift van te verlenen:

- ontvankelijkheidsverklaring van de ontvangen offertes d.d. 9 augustus 2016;

- evaluatie 1 d.d. 10 augustus 2016 van ingediende voorstellen;
- evaluatie 2 van ingediende voorstellen na de genegotieerde BAFO-fase
- gemotiveerde beslissing d.d. 29 augustus 2016 na de finale BAFO-evaluatie.

Brussel, 10 november 2016

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter

////////////////////////////////////