

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

Mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer: OVB/2017/93

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 van ■■■ d.d. 15 maart 2017, gericht aan het Agentschap Agion (Agentschap voor Infrastructuur in het onderwijs), waarbij werd verzocht om een afschrift te verlenen van de oorspronkelijke kaderovereenkomst en de latere herwerkte versies tussen Scholen van Morgen en de Vlaamse Regering;

Gelet op de beslissing van het Agentschap Agion d.d. 10 april 2017, waarbij het openbaarheidsverzoek gedeeltelijk werd geweigerd;

Gelet op het beroepschrift van ■■■ d.d. 21 april 2017 tegen de voormelde gedeeltelijke weigeringsbeslissing van het Agentschap Agion;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 24 april 2017;

Gelet op de beslissing van de beroepsinstantie dd. 18 mei 2017 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 aanvankelijk verzoek van ■■■ aan het Agentschap Agion dateert van 15 maart 2017; dat de in beroep aangevochten beslissing dateert van 10 april 2017; dat in deze beslissing de beroepsmogelijkheid en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel 35 van het decreet van 26 maart

2004 betreffende de openbaarheid van bestuur, werden vermeld; dat het beroepschrift de datum draagt van 21 april 2017 en geregistreerd werd op 24 april 2017;

Overwegende dat daaruit volgt dat het beroep, dat werd ingesteld op 21 april 2015, binnen de in artikel 22, lid 2 van het decreet van 26 maart 2004 gestelde termijn van 30 dagen is ingediend;

Overwegende dat het beroepschrift bijgevolg ontvankelijk is;

Wat de gegrondheid betreft:

Overwegende dat in overeenstemming met artikel 7, tweede lid van het decreet openbaarheid 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;

Overwegende 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 het decreet openbaarheid;

Overwegende dat met het oorspronkelijk verzoek van 15 maart 2017, de verzoeker aan het Agentschap Agion had gevraagd om een afschrift te verlenen van de oorspronkelijke kaderovereenkomst en de latere herwerkte versies tussen Scholen van Morgen en de Vlaamse Regering;

Overwegende dat het Agentschap Agion met zijn beslissing d.d. 10 april 2017 het openbaarheidsverzoek gedeeltelijk heeft ingewilligd, waarbij werd gesteld, in toepassing van artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet, dat bepaalde informatie uit de kaderovereenkomst alsook welbepaalde bijlagen bij die overeenkomst niet openbaar zouden kunnen worden gemaakt, omdat daarmee afbreuk zou worden gedaan aan de vertrouwelijke karakter van commerciële informatie van private contractspartijen; dat daarom meer in concreto de volgende passages uit de kaderovereenkomst niet openbaar zouden worden gemaakt door het Agentschap Agion:

- Hoofdstuk 1 - Algemene Bepalingen (Artikel 2 Definities, de titels van de volgende definities worden behouden maar de tekst van de definities wordt verwijderd: 6, 7, 9, 10, 12, 16, 18, 19, 19bis, 22, 26bis, 28, 32, 37, 38, en 40);
- Hoofdstuk 111 - Duur (Artikel 7 Inwerkingtreding en duur van de Kaderovereenkomst, 6de en 7de lid betreffende de berekening van eventuele beëindigingsvergoedingen);
- Hoofdstuk IV - De DBFM-vennootschap (Artikel 9 Aandeelhoudersovereenkomst, statuten en financiering);
- Hoofdstuk VII - Financiering;
- Hoofdstuk VIII - (Maximale) Bruto Beschikbaarheidsvergoeding en DBFM-toelage;
- Hoofdstuk X - Gemeenschapswaarborgen voor de DBFM-vennootschap (Artikel 33 Gemeenschapswaarborg voor de terugbetaling van bepaalde leningen aangegaan door de DBFM-vennootschap, 3de en 4de lid);

- Hoofdstuk XIII - Toezicht en rapportering (Artikel 50 Boekhoudkundige controle en gescheiden boekhouding, percentage van de Gearing);
- Hoofdstuk XV - Overleg, Geschillen en Sancties (Artikel 55 Boete wegens gebrekkige uitvoering door de DBFM-vennootschap en artikel 55bis Gebrekkige uitvoering door Agion of de Vlaamse Gemeenschap);
- Hoofdstuk XVI - Aanvullende Bepalingen (Artikel 57 Overbetalingen en artikel 67 Bijzondere Omstandigheden Kaderovereenkomst);
- Bijlage 1 (Eenvormig model Individueel DBFM-contract): Bijlagen 20 en 22;
- Bijlage 3 (Eenvormig model Voorcontract): alle financiële informatie;
- Bijlage 18 (Formule Maximale Bruto Beschikbaarheidsvergoeding)
- Bijlage 20 (Plan van Aanpak);
- Bijlage 21 (Financieel Model);
- Bijlage 22 (Financieringsovereenkomsten);
- Bijlage 25 (Overeenkomst AB);
- Bijlage 28 (Fiscale ruling);
- Bijlage 29 (Memo Schuldboetsering).

Overwegende dat verzoeker zich niet kan vinden in bovenvermelde beslissing houdende de gedeeltelijke openbaarmaking van het opgevraagde document en de mening is toegedaan dat er onterecht een beroep werd gedaan op de uitzonderingsgrond, zoals voorzien in artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet; dat de verzoeker ook verwijst naar het feit dat er in de voormelde beslissing van het agentschap Agion enkel sprake is van de oorspronkelijke kaderovereenkomst en niet van de latere herwerkte versies;

Overwegende dat het nu aan de beroepsinstantie toekomt om na te gaan in hoeverre de openbaarmaking van de opgevraagde documenten al dan niet terecht gedeeltelijk werd geweigerd; dat daarom contact werd opgenomen met het Agentschap Agion om wat meer duiding te geven bij dit dossier;

Overwegende dat de opgevraagde informatie betrekking heeft op de kaderovereenkomst die werd afgesloten tussen Scholen van Morgen en de Vlaamse Regering; dat wordt vastgesteld dat “Scholen van Morgen” een publiek-private samenwerking is tussen de Vlaamse overheid enerzijds en AG Real Estate en BNP Paribas Fortis anderzijds, samen gestructureerd via DBFM (Design, Build, Finance and Maintain) Scholen van Morgen nv; dat dit samenwerkingsverband betrekking heeft op het ontwerp, de bouw, de financiering en het 30-jarig onderhoud van liefst 182 scholenbouwprojecten in Vlaanderen; dat voor de volledigheid nog wordt meegegeven dat de DBFM-vennootschap Scholen van Morgen nv bestaat uit enerzijds de private partner FScholen nv (50% AG Real Estate en 50% BNP Paribas Fortis) die 75% - 1 van de aandelen bezit en anderzijds de publieke partner School Invest nv (50% Agion en 50% Vlaams Gewest) die voor 25% + 1 aandeel participeert;

Overwegende dat eerst nader wordt ingegaan op het feit dat verzoeker aanhaalt in zijn beroepsschrift dat er in de beslissing van het agentschap Agion d.d. 10 april 2017 enkel sprake is van één kaderovereenkomst, terwijl hij in zijn oorspronkelijk openbaarheidsverzoek ook had gevraagd naar de latere herwerkte versies van die kaderovereenkomst; dat uit de toelichting vanuit het Agentschap is gebleken dat de eigenlijke kaderovereenkomst voor de uitvoering van het DBFM-programma dateert van 10 juni 2010; dat

er nadien inderdaad nog addenda zijn geweest, ondertekend door de contractspartijen, zowel aan de kaderovereenkomst zelf, als aan de bijlagen; dat er evenwel steeds wordt gewerkt met een gecoördineerde versie van de kaderovereenkomst, zodat een globaal overzicht wordt behouden, waarbij in de overeenkomst en de bijlagen wordt aangegeven door middel van verwijzingen door welke addenda een wijziging werd aangebracht in de kaderovereenkomst; dat dus moet worden vastgesteld dat er wel degelijk slechts één gecoördineerde versie bestaat van de opgevraagde kaderovereenkomst; dat het ingestelde beroep, wat betreft dit onderdeel (de latere herwerkte versies van de kaderovereenkomst), dan ook als **ongegrondd** moet worden beschouwd, daar er slechts één gecoördineerde versie bestaat van deze kaderovereenkomst en er bijgevolg geen afschrift kan verleend worden van latere herwerkte versies ervan, daar het om onbestaande documenten gaat en dus geen bestuursdocumenten uitmaken in de zin van artikel 3,4° van het openbaarheidsdecreet;

Overwegende dat voorts is gebleken dat vanuit het Agentschap Agion intussen op 28 april 2017 uitvoering werd gegeven aan haar beslissing d.d. 10 april 2017, waarbij de gevraagde kaderovereenkomst gedeeltelijk openbaar werd gemaakt, zoals omschreven in de beslissing d.d. 10 april 2017; dat daaruit is gebleken dat het om een zeer lijvig document gaat van meer dan 1900 bladzijden; dat de beroepsinstantie kon vaststellen dat het agentschap echt wel de nodige moeite heeft gedaan om aan het verzoek van [REDACTED] tegemoet te komen en dat ze de hele kaderovereenkomst, met alle bijlagen, inhoudelijk heeft gescreend op de mogelijke toepassing van artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet; dat ze daarbij op een zeer genuanceerde en zinvolle manier is tewerk gegaan en wel degelijk geprobeerd heeft om maximaal tegemoet te komen aan de verzuchtingen van verzoeker; dat in de mate van het mogelijke, indien men van oordeel was dat het noodzakelijk was om gevoelige informatie af te schermen, er werd voor geopteerd om slecht één of meerdere artikelen uit een hoofdstuk onleesbaar te maken, terwijl de rest van de artikelen wel openbaar werd gemaakt; dat hieruit blijkt dat de belangenafweging wel degelijk zeer plichtsbewust werd gedaan binnen het Agentschap Agion;

Overwegende dat ook uit de reactie van verzoeker op 29 april 2017 kan worden opgemaakt dat hij de geleverde inspanningen van het Agentschap Agion best wel kon appreciëren;

Overwegende dat de beroepsinstantie ook zelf kennis heeft kunnen nemen van het integrale opgevraagde document (de kaderovereenkomst); dat moet nagegaan worden of het Agentschap Agion al dan niet terecht heeft verwezen naar de toepassing van artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet, om bepaalde artikelen en bijlagen uit de kaderovereenkomst (zoals hiervoor weergegeven) niet openbaar te maken;

Overwegende dat artikel 14, 3° van het decreet van 26 maart 2004 bepaalt dat een verzoek tot openbaarmaking wordt 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 evenzeer van oordeel is, na kennisname van de integrale kaderovereenkomst, dat de door het Agentschap Agion weggelaten gegevens, zoals hiervoor werd vermeld, als commercieel gevoelige informatie te bestempelen zijn van de betrokken private partner (DBFM-vennootschap, bestaande uit BNP Paribas Fortis en AG Real Estate); dat het hierbij immers gaat om

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

informatie aangaande diverse organisatorische en juridische mechanismen (onder meer het plan van aanpak, afspraken met de afgevaardigd bouwheer, gegevens inzake de aandeelhouders, de door de private contractspartijen ontwikkelde (intellectuele) know-how, etc.), alsook allerhande financiële informatie, zoals vergoedingen en betalingsmodaliteiten, boetes, financiële modellering en modaliteiten;

Overwegend dat voormelde weggelaten informatie betrekking heeft op gevoelige commerciële financiële informatie van de betrokken private partners, die onder de toepassing van artikel 14,3° van het openbaarheidsdecreet valt; 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 toegebracht worden aan de betrokken privé-partners, door het openbaar maken van deze gegevens en daardoor de mogelijkheid creëren dat aan eventuele concurrenten een competitief en concurrentieel voordeel zou worden gegeven voor toekomstige of aanverwante opdrachten; dat immers ingevolge deze verworven voorkennis, de huidige private contractspartijen dan in een nadeligere positie zouden kunnen worden geplaatst; dat de beroepsinstantie kon vaststellen dat zeer recent nog een nieuwe oproep werd gedaan voor kandidaten, in het kader van een nieuw DBFM investeringsprogramma;

Overwegende dat datzelfde artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet evenwel de mogelijkheid biedt om alsnog de openbaarmaking te bekomen, mits toestemming van de betrokken firma, wiens vertrouwelijke commerciële gegevens worden afgeschermd; dat de beroepsinstantie heeft vastgesteld dat het Agentschap Agion hieromtrent de betrokken private partners heeft gecontacteerd en deze uitdrukkelijk hebben laten weten dat ze geen toestemming geeft om de hiervoor vermelde commerciële informatie openbaar te maken;

Overwegende dat de belangenafweging waartoe artikel 14, 3° van het decreet van 26 maart 2004, zoals elke relatieve uitzonderingsgrond, verplicht, niet tot een oordeel in het voordeel van de beroeper leidt; dat het recht op bescherming van gevoelige commerciële informatie van een private partner een legitiem belang is; dat de openbaarmaking ten koste van het beschermde belang maar mag worden bevolen als daarmee het algemeen belang gediend wordt; dat uit wat hiervoor werd uiteen gezet evenwel moet geconcludeerd worden dat de bescherming van de commerciële belangen van de private partners in casu zwaarder doorweegt dan het algemeen belang dat zou worden gediend met de openbaarmaking van de integrale kaderovereenkomst;

Overwegende dan ook dat het ingestelde beroep, wat betreft de weggelaten commerciële gegevens in de toegestuurde kaderovereenkomst, dan ook als **ongegrond** wordt beschouwd;

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van [REDACTED] d.d. 21 april 2017 tegen de voormelde gedeeltelijke weigeringsbeslissing van het Agentschap Agion wordt als ontvankelijk doch ongegrond beschouwd.

Brussel, 7 juni 2017

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter

www.vlaanderen.be/openbaarheid

uitspraak beroepsinstantie OVB/2017/93

pagina 6 van 6