

Vlaamse overheid

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

Havenlaan 88, bus 20

1000 BRUSSEL

T : 02 553 57 25

Mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer: OVB/2018/284

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 d.d. 15 november 2018 van ■■■, gericht aan de Vlaamse Maatschappij voor Sociaal Wonen (hierna: VMSW), tot het verkrijgen van “alle relevante stukken (vooral de juridische voorbereidingen die de VMSW in deze heeft gevraagd, de voorbereidende nota aan de RvB, het verslag van de RvB, ...) met betrekking tot de beslissing van de VMSW om niet in te gaan op de vraag om in het kader van wederbelegging van uitstaande leningen een funding loss van zes maanden – zoals door het Hof van Cassatie is opgelegd op de private markt – te hanteren”;

Gelet op de weigeringsbeslissing d.d. 23 november 2018 van de VMSW;

Gelet op het beroep d.d. 23 november 2018 van verzoeker;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 26 november 2018;

Gelet op de beslissing van de beroepsinstantie d.d. 20 december 2018 tot verlenging van de termijn om uitspraak te doen over het beroepschrift overeenkomstig artikel 24, §1, tweede lid van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: openbaarheidsdecreet);

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Overwegende dat de bestreden beslissing d.d. 23 november 2018 van de VMSW geen melding maakt van de beroepsmogelijkheden en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel 35, lid 1 van het openbaarheidsdecreet;

Overwegende dat het ingestelde beroep dan ook als **ontvankelijk** wordt beschouwd;

Overwegende dat op grond van artikel 14, 4° van het openbaarheidsdecreet een aanvraag tot openbaarmaking kan worden afgewezen als het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid een eerlijk proces te verkrijgen; dat het om een relatieve uitzonderingsgrond gaat; dat eerst moet worden

pagina 2 van 11

onderzocht of de openbaarmaking het beschermde belang schaadt; dat, als er belangenschade is, het te beschermen belang vervolgens moet worden afgewogen tegen het belang van de openbaarheid; dat de openbaarmaking enkel mag worden bevolen als daarmee een hoger belang wordt gediend dat zwaarder doorweegt dan het door de uitzonderingsgrond beschermde belang;

Overwegende dat de weigeringsgrond van artikel 14, 4° van het openbaarheidsdecreet het eerlijk verloop van de rechtspleging wil vrijwaren; dat een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces het beginsel van de “gelijkheid der wapens in een proces” is; dat het beginsel van de wapengelijkheid inhoudt dat elke partij het recht heeft haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet benadelen ten opzichte van de tegenpartij; dat de bestaansreden van de geciteerde weigeringsgrond vooral daarin gelegen is, te verhinderen dat de openbaarheid van bestuur waaraan één partij onderworpen is, afbreuk doet aan de wapengelijkheid; dat zonder deze uitzonderingsgrond één partij op grond van de openbaarheid van bestuur zou kunnen worden verplicht stukken in het gerechtelijk debat te brengen die tegen haar (of een andere aan openbaarheid onderworpen bestuursinstantie) zouden kunnen pleiten, daar waar de andere partij enkel die elementen die haar eis ondersteunen, kenbaar mag maken om het oordeel van de rechter te beïnvloeden; dat de weigeringsgrond van artikel 14, 4° een correctief op de openbaarheid is om te beletten dat een instantie zou worden verplicht in een rechtsgeding de tegenpartij informatie ter beschikking te stellen die vervolgens tegen haar (of een andere aan openbaarheid onderworpen bestuursinstantie) wordt uitgespeeld;

Overwegende dat de bedoelde weigeringsgrond niet op een abstracte manier mag worden ingeroepen; dat concreet moet worden aangetoond dat de gevraagde bestuursdocumenten verband houden met een bestaand rechtsgeding en tegen een bestuursinstantie kunnen worden aangewend;

Overwegende dat de beroepsinstantie uit de stukken van het dossier heeft kunnen afleiden dat het voorwerp van het verzoek tot openbaarheid geen betrekking heeft op een hangend rechtsgeding; dat de VMSW zelf bevestigt dat zij zich in dit dossier *anticipatief* beroept op de toepassing van artikel 14, 4° van het openbaarheidsdecreet, om te vermijden dat de tegenpartij *op voorhand* alle argumenten en analyses van de verdediging kent; dat, gelet op deze vaststelling, duidelijk blijkt dat de voorwaarden van artikel 14, 4° van het openbaarheidsdecreet niet zijn vervuld, aangezien uit vermelde bepaling duidelijk blijkt dat het moet gaan om een hangend rechtsgeding opdat de openbaarmaking van bestuursdocumenten op grond daarvan zou kunnen geweigerd worden; dat artikel 14, 4° van het openbaarheidsdecreet derhalve door de VMSW niet met succes kan worden ingeroepen om de gevraagde openbaarmaking te weigeren;

Betreffende de toepassing van artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet:

Overwegende dat verzoeker zich tevens beroept op artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet; dat krachtens artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet een instantie een verzoek om openbaarmaking dient af te wijzen als ze van oordeel is dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een economisch, financieel of commercieel belang van de desbetreffende instantie; dat de VMSW daarbij argumenteert dat het beperken van de wederbeleggingsvergoeding tot zes maanden intrest de openbare dienstverlening van de VMSW in het gedrang zou brengen, enerzijds omwille van de financiële middelen die afgeleid zouden worden, anderzijds omwille van het personeel dat gedurende maanden enkel met deze operatie bezig zou zijn;

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

Overwegende dat krachtens artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet een instantie (in casu de VMSW) een verzoek om openbaarmaking dient af te wijzen als ze van oordeel is dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een economisch, financieel of commercieel belang van de desbetreffende instantie:

Overwegende dat de beroepsinstantie opmerkt dat de openbaarheid de grondwettelijk gewaarborgde regel is, en dat de uitzonderingen bijgevolg restrictief dienen te worden geïnterpreteerd (artikel 10 van het openbaarheidsdecreet); dat bovendien artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet een relatieve uitzonderingsgrond is en dat derhalve slechts de fundamentele belangen van de instantie kunnen opwegen tegen het in principe hogere belang van openbaarmaking;

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 daden die voorkennis van informatie kan meebrengen (zie de memorie van toelichting, Parl. St., Vlaams parlement, 2002-2003, nr. 1732/1, blz. 28);

Overwegende dat verzoeker stelt dat het hier geenszins gaat over een vraag waar enig commercieel voordeel omwille van voorkennis uit gehaald kan worden; dat het enkel gaat om de openbaarheid van stukken ter voorbereiding van een beslissing van de Raad van Bestuur van een Vlaamse publieke rechtspersoon (VMSW):

Overwegende dat de VMSW niet uiteenzet, en de beroepsinstantie ook niet ziet, hoe de vrijgave van de gevraagde stukken zou kunnen leiden tot een risico van speculatieve daden die voorkennis van informatie kan meebrengen; dat het inderdaad gaat om stukken die werden opgesteld ter voorbereiding van een beslissing van de Raad van Bestuur van de VMSW om niet in te gaan op de vraag om, in het kader van wederbelegging van uitstaande leningen, een funding loss van zes maanden te hanteren; dat het in casu in hoofdzaak gaat over juridische, beslissingsvoorbereidende stukken, i.e. de adviezen van het advocatenkantoor waartoe de VMSW zich in casu heeft gewend, alsook de nota en het verslag aan de raad van bestuur van de VMSW; dat uit deze stukken geen voorkennis kan worden gehaald die zou kunnen leiden tot speculatieve daden ten nadele van de VMSW; dat artikel 14, 1° van het openbaarheidsdecreet derhalve door de VMSW evenmin met succes kan worden ingeroepen om de gevraagde openbaarmaking te weigeren;

Betreffende de toepassing van andere eventuele weigeringsgronden:

Overwegende dat uit het onderzoek van de beroepsinstantie is gebleken dat de 26 betrokken stukken, voorwerp van het beroep, die door de VMSW aan de beroepsinstantie werden overgemaakt, op verscheidene plaatsen informatie bevatten die gekwalificeerd moeten worden als vertrouwelijke correspondentie tussen advocaten en cliënt (bestuursinstantie, in casu de VMSW):

Overwegende dat conform artikel 6, §2, 2° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur een federale of niet-federale administratieve overheid de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument, die met toepassing van deze wet is gedaan, kan afwijzen wanneer de

//

openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet aan een bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting;

Overwegende dat inderdaad dient te worden vastgesteld dat artikel 458 van het Strafwetboek stipuleert dat alle “personen die uit hoofde van hun staat of beroep kennis dragen van geheimen die hun zijn toevertrouwd, en deze bekendmaken buiten het geval dat zij geroepen worden om in recht of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet hen verplicht die geheimen bekend te maken” strafrechtelijk zullen worden gesanctioneerd;

Overwegende dat voormeld artikel uit het Strafwetboek dus wel degelijk van toepassing is ten aanzien van advocaten en de wettelijke verankering van het beroepsgeheim voor advocaten betreft;

Overwegende dat de beroepsinstantie hierbij onmogelijk omheen kan aan de vaststelling dat het belang van voornoemd beroepsgeheim van advocaten t.a.v. het principe van de openbaarheid van bestuur eveneens uitdrukkelijk werd bevestigd in het arrest nr. 202.966 van de Raad van State dd. 15 april 2010; dat in dit arrest de Raad van State de toepassing van artikel 6, §2, 2° van de Wet van 11 april 1994 heel expliciet heeft bijgetreden;

Overwegende dat de Raad van State in het aangehaalde arrest heeft gesteld dat de geheimhoudingsverplichting er op gericht is 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; dat het beroepsgeheim er is om de vertrouwelijkheid te beschermen, en niet omgekeerd; dat de beroepsinstantie zich dan ook niet kan of mag afvragen of een bestuursinstantie afbreuk zou doen aan het beroepsgeheim van haar raadsman, en of zij de vertrouwensrelatie met deze zou schenden; dat de beroepsinstantie daarentegen moet nagaan of de vertrouwelijkheid, waar een bestuursinstantie kan van genieten in haar overleg met een advocaat, moet wijken voor het beginsel van de openbaarheid van bestuur; dat de Raad van State daarover zegt dat de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur daar op het eerste gezicht ontkennend op antwoordt;

Overwegende dat de Raad van State in voormeld arrest voorts ter ondersteuning aanhaalt dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen trouwens ook voorrang geeft aan de vertrouwelijkheid van de briefwisseling tussen advocaat en cliënt op het recht van de Commissie om de overlegging te eisen van alle documenten die zij noodzakelijk acht om overtredingen op de verdragsbepalingen betreffende mededinging op te sporen; dat de eerbiediging van het recht van verdediging - en daarom van de vertrouwelijke aard van deze briefwisseling - immers zwaarder weegt (HvJ 155/79, AM&S Europe Ltd., Jur. 1982, 1575);

Overwegende dat het Grondwettelijk Hof in dezelfde zin heeft geoordeeld; dat zij immers van oordeel is dat de regel van het beroepsgeheim van een advocaat niet moet wijken voor de noodzaak van toezicht op misbruiken van het stelsel van collectieve schuldregeling (GwH 3 mei 2000, nr. 46/2000, R.W. 2000-01, 506, noot E. DIRIX; GwH 14 juni 2006, nr. 100/2006), voor de handhaving van de absolute onpartijdigheid van de curator (GwH 24 maart 2004, nr. 50/2004, R.W. 2004-05, 218) of voor de bestrijding van het "witwassen" (GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, R.W. 2008-09, 109, noot J. STEVENS);

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

OPENBAAR TE MAKEN:

Stuk 24 met bestandsgrootte van 435 kb (nota 13.11.204 van VMSW, met uitzondering van punt 2 en volgende);

Stuk 24a (informatienota, met uitzondering van punt 3 en punt 4);

Stuk 24b (Pdf “Kredietverlening aan woonactoren: herfinanciering sector / wederbeleggingsvergoeding”), met uitzondering van de volgende punten, aangezien in deze punten de adviezen van advocaat Eubelius verweven zitten:

- Tabel, rijen 1 en 2;
- Tabel, kolommen 5 en 8 (van de in totaal 8 kolommen);

Stuk 24c (overzicht van de mogelijkheden rond vervroegd aflossen, opgemaakt 20180118);

Stuk 25 (Commissie Beheer Rekening-Courant, 21 november 2018, Agendapunt 3, reeds in bezit van verzoeker);

Stuk 26 (nota 27.11.208 van VMSW, met uitzondering van de punten 2, 3, en 4.2);

Overwegende dat het beroep bijgevolg **gedeeltelijk gegrond** is, in de hierboven aangegeven mate;

Overwegende dat de beroepsinstantie tot slot opmerkt dat de VMSW bepaalde documenten zelf als vertrouwelijk heeft bestempeld; dat deze kwalificatie, door de bestuursinstantie zelf, echter geen afbreuk kan doen aan de bepalingen van het openbaarheidsdecreet, en derhalve buiten beschouwing werden gelaten bij het onderzoek van de beroepsinstantie;

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroep dat op 23 november 2018 door [REDACTED] werd ingesteld tegen de weigeringsbeslissing d.d. 23 november 2018 van de VMSW wordt ontvankelijk en deels gegrond, en deels ongegrond verklaard.

Bijgevolg dient de VMSW een afschrift van de volgende documenten over te maken aan [REDACTED]:

OPENBAAR TE MAKEN:

Stuk 01 (informatienota, met uitzondering van punt 3 en punt 4), en stuk 01a en stuk 01b;

Stuk 02 (notulen nr. 145 van de Raad van Bestuur van 21 november 2017), doch uitsluitend pagina 1 en pagina 8, punt 3 (overige delen van de notulen vallen niet onder het voorwerp van voorliggend beroep);

[illegible]

Stuk 04 (advies Eubelius van 05.12.2017, reeds in bezit van verzoeker);

Stuk 12a (Exceltabel “201803SimulatieRekeningCourantSHM.xlsx”), met uitzondering van de volgende punten, aangezien in deze punten de adviezen van advocaat Eubelius verweven zitten:

Tabblad SHMimpactRC

- Tabblad "Hulpblad":

- Tabblad GAF:

- Vanaf kolom D “Heeft herfinanciering Zin” tot kolom AY

Tabblad ALESH

- Vanaf Kolom D “Heeft Herfinanciering Zin” tot kolom AT

Tabblad NFS1

- Vanaf Kolom D "Heeft Herfinanciering Zin" tot kolom AL

pagina 9 van 11

- Vanaf Kolom D "Heeft Herfinanciering Zin" tot kolom AG

- Kolom C "Som van Wederbeleggingsvergoeding"
- Kolom D "Som van Heeft Herfinanciering Zin"

- Kolom C "Som van Wederbeleggingsvergoeding"
- Kolom D "Som van Heeft Herfinanciering Zin"

- Kolom C “Som van Heeft Herfinanciering Zin”

- Kolom C "Som van Wederbeleggingsvergoeding"
- Kolom D "Som van Heeft Herfinanciering Zin"

Stuk 14 (nota 31.05.2018 van VMSW, met uitzondering van punt 2.2. en volgende);

Stuk 17 (nota 28.08.2018 van VMSW, met uitzondering van punt 2.2 en volgende);

Stuk 24 met bestandsgrootte van 435 kb (nota 13.11.204 van VMSW, met uitzondering van punt 2 en volgende);

Stuk 24b (Pdf “Kredietverlening aan woonactoren: herfinanciering sector / wederbeleggingsvergoeding”), met uitzondering van de volgende punten, aangezien in deze punten de adviezen van advocaat Eubelius verweven zitten:

- Tabel, rijen 1 en 2;
- Tabel, kolommen 5 en 8 (van de in totaal 8 kolommen):

//

Stuk 25 (Commissie Beheer Rekening-Courant, 21 november 2018, Agendapunt 3, reeds in bezit van verzoeker);

Stuk 26 (nota 27.11.208 van VMSW, met uitzondering van de punten 2, 3, en 4.2);

Brussel, 9 januari 2019

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter