

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/2019/164

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Gelet op het Bestuursdecreet van 7 december 2018, titel II, hoofdstuk 3;

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. 1 juli 2019, gericht aan de stad Kortrijk, waarbij werd verzocht om afschrift te verlenen van de overeenkomst(en) tussen de stad Kortrijk en S&R Group voor de bouw en/of uitbating van het sportcomplex LAGO Kortrijk Weide., en van de lijst van de huidige geldende tarieven in het complex;

Gelet op de beslissing van de stad Kortrijk d.d. 9 juli 2019 waarbij afschrift van de overeenkomst met S&R GROUP werd geweigerd.

Gelet op het beroepschrift van ■■■ d.d. 9 juli 2019 tegen de weigering van de stad Kortrijk;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 9 juli 2019;

Gelet op de beslissing van 1 augustus 2019 van de beroepsinstantie waarbij de beslissingstermijn van dertig kalenderdagen met toepassing van artikel II.50, §1, tweede lid van het Bestuursdecreet tot een termijn van vijfenveertig kalenderdagen wordt verlengd;

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Het oorspronkelijk verzoek dateert van 1 juli 2019. Op 9 juli 2019 heeft de stad Kortrijk hierin een gedeeltelijke weigeringsbeslissing genomen.

De beroepsinstantie beschouwt het beroep dan ook als **ontvankelijk**.

1) Overzicht van de feiten

De betrokken overeenkomst werd gesloten tussen enerzijds de stad Kortrijk en de gemeente Zwevegem, en anderzijds de NV in oprichting S&R Kortrijk-Zwevegem, en strekt tot de realisatie van een nieuw zwembadcomplex in Kortrijk en een in Zwevegem, en werd gesloten na een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op basis van een door de opdrachtgever opgesteld bestek.

Bijkomend verwijst de stad naar de geheimhoudingsclausule vervat in artikel 8 van de DBFMO-overeenkomst. Artikel 8.3 b) (i) van de DBFMO-overeenkomst bepaalt dat de stad Kortrijk en de gemeente Zwevegem vertrouwelijke informatie (waaronder de inhoud van de overeenkomst zoals bepaald in artikel

pagina 2 van 6

8.1 van de overeenkomst) mogen bekendmaken, voor zover vereist op grond van de op dat ogenblik geldende regelgeving inzake openbaarheid van bestuur. Er is ook bepaald dat de stad Kortrijk en de gemeente Zwevegem zich, voor zover mogelijk, moeten beroepen op de uitzonderingsgronden en beperkingen opgenomen in de regelgeving aangaande openbaarheid van bestuur.

Verder beroept de stad zich ook op artikel II.34, 6° van het Bestuursdecreet dat stelt dat de aanvraag tot openbaarmaking wordt afgewezen als het om bestuursdocumenten gaat die informatie bevatten die door een derde is verstrekt zonder dat hij daartoe verplicht is en die hij uitdrukkelijk als vertrouwelijk heeft bestempeld, tenzij die persoon met de openbaarheid instemt.

3) Het standpunt van de beroepsinstantie

Vooreerst merkt de beroepsinstantie op, voor wat betreft de door de stad Kortrijk aangehaalde geheimhoudingsclausule in de overeenkomst, dat een dergelijke clausule nooit boven het grondwettelijk en decretaal geregeld recht op openbaarheid kan gaan. Instanties onderworpen aan de regelgeving inzake openbaarheid van bestuursdocumenten, kunnen zich hieraan niet onttrekken door geheimhoudingsclausules in overeenkomsten.

Er moet dus enkel nagegaan worden of de betrokken overeenkomst geheel of gedeeltelijk valt onder een van de uitzonderingsgronden van het Bestuursdecreet, of een andere wettelijke uitzondering.

De uitzonderingsgrond van artikel 11.34, 6° Bestuursdecreet (informatie die vrijwillig verstrekt werd en uitdrukkelijk als vertrouwelijk werd bestempeld) werd volgens het oordeel van de beroepsinstantie onterecht ingeroepen.

Bij deze uitzonderingsgrond uit het Bestuursdecreet gaat het immers om twee cumulatieve voorwaarden, die dus allebei tegelijk moeten vervuld zijn om een document aan de openbaarheid te kunnen onttrekken. Aan de eerste voorwaarde, dat het document informatie bevat die vrijwillig door een derde verstrekt is zonder dat hij daartoe verplicht is, is volgens het oordeel van de beroepsinstantie echter niet voldaan. Het gaat hier om een overeenkomst afgesloten tussen de stad Kortrijk en de gemeente Zwevegem enerzijds, en de S&R Group anderzijds. Deze overeenkomst bevat weliswaar informatie die de S&R Group heeft meegedeeld aan de aanbestedende overheid (stad Kortrijk), maar er kan niet gesteld worden dat S&R Group hiertoe niet verplicht was. De mededeling van dergelijke informatie is immers cruciaal voor de aanbestedende overheid, teneinde een keuze te kunnen maken over de gunning en bijgevolg aan welke kandidaat de overheidsopdracht kon toegewezen worden, of om de overeenkomst uiteindelijk af te sluiten. De stad Kortrijk kon namelijk geen rekening met kandidaturen die deze informatie niet bezorgden, of kon ook geen overeenkomst afsluiten met S&R Group zonder de informatie die deze verstrekke om in deze overeenkomst op te nemen. Bijgevolg kan niet gesteld worden dat het hier om vrijwillig meegedeelde informatie handelt van de opdrachtnemer.

Gelet op het feit dat beide voorwaarden cumulatief dienen vervuld te zijn om beroep te kunnen doen op de uitzonderingsgrond van artikel II.34, 6° Bestuursdecreet, en dit voor de eerste voorwaarde niet geval is,

```

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

```

is de inroeping van deze uitzonderingsgrond door de stad Kortrijk voor (bepaalde informatie uit) de overeenkomst volgens het oordeel van de beroepsinstantie onterecht.

Verder roept de stad Kortrijk artikel II.35, 3° Bestuursdecreet in om de overeenkomst niet openbaar te maken. Dit artikel bepaalt dat de openbaarmaking wordt afgewezen als deze niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, als die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren.

De beroepsinstantie is vooreerst van oordeel dat niet voor alle onderdelen van de overeenkomst kan gesteld worden dat deze vertrouwelijke commerciële of industriële informatie bevatten. De overeenkomst bevat immers een groot aantal algemene bepalingen en bijlagen met algemene informatie met betrekking tot de opdracht, zoals bijvoorbeeld de projectdefinitie en eisen die gesteld worden aan het uiteindelijke resultaat en de uitbating. Deze algemene informatie werd ofwel verstrekt aan alle aangeschreven kandidaten, of gaat over bepaalde modaliteiten van de opdracht (definities, bepalingen mbt wijzigingen, intellectuele eigendomsrechten, geschillenregeling, enz...) waarvan de beroepsinstantie niet inziet op welke manier dit gevoelige commerciële informatie zou zijn, waarvan de openbaarmaking S&R GROUP concurrentieel zou kunnen benadelen.

Het bestek van de opdracht hanteert 5 gunningscriteria op basis waarvan de opdrachtnemer gekozen werd: prijs, stedenbouwkundige en architecturale kwaliteit, duurzaamheid van het ontwerp, plan van aanpak en planning. De concurrentie tussen de verschillende kandidaten speelde zich bijgevolg binnen deze aspecten af, en het is volgens het oordeel van de beroepsinstantie dan ook enkel deze informatie in de overeenkomst waarvan de openbaarmaking een concurrentieel nadeel in hoofde van S&R Group zou kunnen opleveren bij toekomstige soortgelijke opdrachten.

Het openbaar maken van deze specifieke informatie uit de overeenkomst zou volgens het oordeel van de beroepsinstantie bijgevolg inderdaad vertrouwelijke commerciële informatie vrijgeven die het gelegitimeerd economisch belang van de NV S&R GROUP zou kunnen aantasten. Het bouwen en uitbaten van gemeentelijke sportinfrastructuur, waaronder zwembaden, gebeurt immers momenteel in de meeste gevallen via een of andere PPS-constructie waarbij gemeenten een overeenkomst afsluiten met een private partner. Volgens inlichtingen door de beroepsinstantie ingewonnen bij Sport Vlaanderen is er momenteel veel verouderde zwembadinfrastructuur in de Vlaamse gemeenten, en is de kans zeer reëel dat in de nabije toekomst verschillende gemeenten nog een dergelijke overeenkomst zullen wensen af te sluiten. Daarbij gaat het om een zeer concurrentiële markt met slechts een drietal (grote) spelers.

S&R GROUP NV is een mogelijke kandidaat voor deze toekomstige contracten met andere gemeenten; het vrijgeven van deze specifieke informatie (i.e. de delen van de overeenkomst die overeenstemmen met de vijf gunningscriteria) kan bijgevolg een concurrentieel nadeel betekenen in hoofde van S&R GROUP als concurrenten kennis nemen van deze informatie en hun eigen commerciële strategie hierop zouden afstemmen. Het gaat hierbij dan concreet over de het tweede deel van de bijlagen, deze die door de opdrachtnemer werden verstrekt: de offerte, het financieel plan, het managementplan, de uitvoeringsplannen, het onderhoudsplan en de projectplanning.

```

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

```

Het beroep is bijgevolg **deels gegrond, deels ongegrond**.

Ambtshalve merkt de beroepsinstantie op dat bepaalde informatie uit de bijlagen van de overeenkomst onder het auteursrecht vallen (bvb. ruimtelijke plannen van de site, de archeologische prospectie...).

Uit artikel XI.165 en volgende van het Wetboek van economisch recht volgt dat het recht om een werk van letterkunde of kunst te reproduceren op welke wijze en in welke vorm ook, direct of indirect, tijdelijk of duurzaam, volledig of gedeeltelijk, uitsluitend is voorbehouden aan de auteur. Indien deze plannen te beschouwen zijn als een originele creatie in de zin van de auteurswet, dit wil zeggen een intellectuele creatie eigen aan de maker ervan, zou dit immers betekenen dat zonder toestemming van de auteurs geen afschrift kan worden overhandigd. De plannen genieten van het auteursrecht indien ze van oorspronkelijkheid getuigt, wat inhoudt dat het werk de persoonlijke stempel draagt van de auteur, en de bescherming geldt dan van rechtswege.

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

Indien het auteursrecht van de (delen van) documenten die eronder vallen niet toekomt aan de stad Kortrijk of aan de stad werd overgedragen, mag er van deze documenten dan ook geen afschrift gegeven worden. Inzage is wel mogelijk.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van [REDACTED] d.d. 9 juli 2019 tegen de weigering van de stad Kortrijk wordt als ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond beschouwd.

Bijgevolg dient het gevraagde bestuursdocument (de overeenkomst met S&R Group, waarvan de bijlagen integraal deel uitmaken) **gedeeltelijk openbaar** te worden gemaakt door er een afschrift van te verstrekken, met weglating van de volgende informatie:

- De bijlagen van de opdrachtnemer:
 - o Offerte, uitgezonderd de informatie over de identiteit van de inschrijver en de contactpersonen
 - o Financieel plan

[illegible]

- o Managementplan
- o Uitvoeringsplannen
- o Onderhoudsplan
- o Projectplanning

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter

/

//