

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/2019/265

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. 2 september 2019, gericht aan Fluvius, waarbij werd verzocht om afschrift te verlenen van een aantal documenten die verband houden met een minnelijk akkoord (of de intentie daartoe) tussen Fluvius System Operator en ■■■ (aangaande groenestroomcertificaten):

- 1) *Het minnelijk akkoord zelf;*
- 2) *Het interne mailverkeer omtrent voormeld minnelijk akkoord uit de periode van 13 september 2017 tot 5 november 2018;*
- 3) *Het mailverkeer of de briefwisseling met de VREG en INTER-ENERGA omtrent het minnelijke akkoord;*
- 4) *Het mailverkeer of de briefwisseling met ■■■ omtrent het minnelijke akkoord;*
- 5) *De notulen van vergaderingen binnen de Algemene Vergadering, de Raad van Bestuur, het managementcomité of ander overlegorganen waarbinnen het minnelijk akkoord werd besproken.*

Gelet op de beslissing van Fluvius d.d. 20 september 2019 waarbij voormeld openbaarheidsverzoek werd afgewezen;

Gelet op het beroepschrift van ■■■ d.d. 18 oktober 2019 tegen de voormelde weigeringsbeslissing van Fluvius;

Gelet op de registratie van het beroepschrift op 21 oktober 2019;

Gelet op de beslissing van de beroepsinstantie d.d. 12 november 2019 tot verlenging van de termijn om uitspraak te doen over het beroepschrift, overeenkomstig artikel II.50, §1, tweede lid van het Bestuursdecreet van 7 december 2018;

Wat de ontvankelijkheid betreft:

Het oorspronkelijke verzoek tot openbaarmaking dateert van 2 september 2019. De in beroep aangevochten beslissing dateert van 20 september 2019. Deze beslissing maakt melding van de beroepsmogelijkheden en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (verder 'Bestuursdecreet'). Op 18 oktober 2019 diende [REDACTED] beroep in tegen deze weigeringsbeslissing. Het ingediende beroep is bijgevolg tijdig ingediend en is **ontvankelijk**.

Wat de gegrondheid betreft:

Overeenkomstig artikel II.31, eerste lid van het Bestuursdecreet heeft het recht op passieve openbaarheid betrekking op bestuursdocumenten. Op grond van deze bepaling is elke instantie in principe verplicht aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten.

De openbaarmaking kan slechts geweigerd worden, mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingen, zoals gestipuleerd in de artikelen II.33 tot en met II.39 van voormeld decreet.

1) *Feiten*

Beroeper verzocht in zijn oorspronkelijke aanvraag d.d. 2 september 2019 om afschrift van de volgende documenten die verband houden met een minnelijk akkoord (of de intentie daartoe) tussen Fluvius System Operator en [REDACTED] (aangaande groenestroomcertificaten):

- 1) Het minnelijk akkoord zelf;
- 2) Het interne mailverkeer omtrent voormeld minnelijk akkoord uit de periode van 13 september 2017 tot 5 november 2018;
- 3) Het mailverkeer of de briefwisseling met de VREG en INTER-ENERGA omtrent het minnelijke akkoord;
- 4) Het mailverkeer of de briefwisseling met [REDACTED] omtrent het minnelijke akkoord;
- 5) De notulen van vergaderingen binnen de Algemene Vergadering, de Raad van Bestuur, het managementcomité of ander overlegorganen waarbinnen het minnelijk akkoord werd besproken.

Fluvius heeft het openbaarheidsverzoek afgewezen, verwijzende naar het feit dat het openbaarheidsverzoek grotendeels betrekking heeft op onbestaande documenten, daar er nooit een minnelijk akkoord werd afgesloten tussen Fluvius System Operator en [REDACTED]. Voor het opgevraagde interne mailverkeer wordt verwezen naar de toepassing van artikel 6, §2, 2° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, in samenhang met artikel 5 van de wet van 1 maart 2000 tot oprichting van een Instituut voor bedrijfsjuristen, waardoor omwille van de vertrouwelijkheid van de juridische bijstand de gevraagde informatie niet openbaar kan worden gemaakt.

2) Beoordeling door de beroepsinstantie

[illegible]

De context

De beroepsinstantie heeft Fluvius gecontacteerd om wat meer toelichting te krijgen bij dit openbaarheidsverzoek. Op 27 oktober 2019 werd de gevraagde informatie bezorgd door Fluvius aan de beroepsinstantie.

Hieruit blijkt dat het hier gaat om een geschil rond mogelijke fraude inzake een keuringsattest voor een industriële zonnepaneleninstallatie, waarbij zowel een strafrechtelijk onderzoek werd gevoerd als een burgerlijke procedure werd opgestart, en waarbij zowel [REDACTED] als [REDACTED] betrokken partijen waren, net als de VREG en Infrax. De procedures hadden betrekking op de al dan niet uitbetaling van een minimumsteun voor groenestroomcertificaten. Op strafrechtelijk vlak is er geen vervolging geweest en in november 2018 is er een uitspraak geweest in het burgerlijk rechtsgeding tussen enerzijds Infrax en anderzijds [REDACTED]. In april 2019 ging [REDACTED] dan over tot de dagvaarding van [REDACTED], waarbij een schadevergoeding wordt geëist omdat de beloofde som aan groenestroomcertificaten niet werd nageleefd.

Het is naar aanleiding van die eerste uitspraak door de burgerlijke rechtbank in november 2018 en met het oog op het momenteel hangende burgerlijke rechtsgeding met [REDACTED], dat [REDACTED] nu een afschrift wenst te komen van de documenten zoals hiervoor werden beschreven. Naar aanleiding van persberichten die her en der zijn verschenen, vermoedt [REDACTED] immers dat er een minnelijk akkoord zou zijn gesloten tussen Fluvius System Operator (het vroeger Infrax bvba) en [REDACTED] aangaande het uit te betalen bedrag aan minimumsteun inzake de groenestroomcertificaten.

Betreffende de documenten vermeld onder 1) - 3) – 4) en 5)

Uit de ingewonnen informatie door de beroepsinstantie is duidelijk gebleken dat er nooit een minnelijk akkoord is geweest tussen Fluvius System Operator en [REDACTED]. Meer nog, er is zelfs nooit sprake geweest van nog maar een ontwerp van minnelijk akkoord tussen beide partijen.

In artikel 1.4, 3° Bestuursdecreet wordt de term “bestuursdocumenten” gedefinieerd als: “alle informatie, ongeacht de drager ervan, die in het bezit is van een overheidsinstantie”. Aangezien Fluvius uitdrukkelijk aan de beroepsinstantie heeft aangegeven dat het document (het minnelijke akkoord) niet bestaat en ze er bijgevolg niet van in het bezit is, kan er bijgevolg dan ook geen afschrift van worden verleend.

Dit houdt dus in dat noch van het minnelijke akkoord, noch van de notulen van de bestuursorganen bij Fluvius aangaande dat vermeende akkoord, noch van de eventuele briefwisseling met de VREG en INTER-ENERGA of van eventuele briefwisseling met [REDACTED] een afschrift kan worden verstrekt, daar al deze voormelde documenten niet bestaan.

De beroepsinstantie kan redelijkerwijze dan ook niet anders concluderen dan dat het beroep, wat de documenten uit dit onderdeel van het openbaarheidsverzoek betreft, als **ongegron**d moet beschouwd worden, omdat het betrekking heeft op onbestaande documenten.

[illegible]

Betreffende het interne mailverkeer

Vanuit Fluvius werd aan de beroepsinstantie wel meegegeven dat er wel beperkt intern mailverkeer bestaat tussen de CEO van Infracore en de bedrijfsjurist bij Infracore aangaande een intentie tot minnelijk akkoord.

De beroepsinstantie sluit zich aan bij de redenering van Fluvius, dat voormeld intern mailverkeer niet openbaar kan worden gemaakt, in toepassing van enerzijds artikel II.34, 1° van het Bestuursdecreet en anderzijds artikel II.39, tweede lid van het Bestuursdecreet, in samenhang met artikel 6, § 2, 2° van de Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

Uitzonderingsgrond zoals vermeld in artikel 11.34,1° Bestuursdecreet

Deze uitzonderingsgrond legt de bestuursinstanties op om een aanvraag tot openbaarmaking, voor zover die geen betrekking heeft op milieu-informatie, af te wijzen als de openbaarmaking afbreuk doet aan de geheimhoudingsverplichting, vastgesteld in een aangelegenheid waarvoor de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest bevoegd is.

Ingevolge artikel 6, § 1, VII, a) en b) van de Bijzondere Wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen betreft de distributie van elektriciteit en aardgas een gewestelijke bevoegdheid.

Vooreerst dient rekening gehouden te worden met de hoedanigheid van Infrax als werkmaatschappij van een distributienetbeheerder voor elektriciteit in het Vlaamse energielandschap en de op hen in dat verband van toepassing zijnde wetgeving. Infrax was de werkmaatschappij van de distributienetbeheerder Inter-energa. Ingevolge een fusieoperatie door overneming is Infrax per 1 juli 2018 opgegaan in Eandis System Operator CVBA, die haar naam nadien veranderde in Fluvius System Operator CVBA. Voor de duidelijkheid wordt hierna steeds de naam Infrax gebruikt.

De beroepsinstantie verwijst hiervoor verder naar de geheimhoudingsverplichting die uitdrukkelijk is voorzien in artikel 4.1.11. van het Energiedecreet van 8 mei 2009 en luidt als volgt: *“De personeelsleden en bestuurders van de netbeheerder en zijn werkmaatschappij zijn gebonden door het beroepsgeheim. Zij mogen de vertrouwelijke gegevens die hun ter kennis zijn gekomen op grond van hun functie bij de netbeheerder of zijn werkmaatschappij aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen, zonder afbreuk te doen aan de informatieverplichtingen die uitdrukkelijk door dit decreet of de bijbehorende uitvoeringsbesluiten, met inbegrip van de technische reglementen, zijn bepaald en toegestaan.”* Met voormelde bepaling werd de omzetting geregeld op Vlaams niveau van artikel 27 van Richtlijn 2009/72/EG en van artikel 27 van Richtlijn 2009/73/EG.

Het doel van voormelde geheimhoudingsverplichting bestaat erin dat de vertrouwelijke gegevens binnen de distributienetbeheerder en diens werkmaatschappij vertrouwelijk blijven en niet ter kennis kunnen komen van derden, gelet op de bescherming van het algemeen belang dat is gemoeid bij het beheer en de exploitatie van de distributienetten inzake elektriciteit en aardgas.

De beroepsinstantie moet dus concluderen dat er inderdaad een decretale geheimhoudingsplicht werd ingeschreven in het Energiedecreet. Op grond daarvan mag (buiten de voorziene rapporteringen en

[illegible]

informatieverplichtingen) geen informatie worden vrijgegeven omtrent gegevens die personeelsleden ter kennis zijn gekomen op grond van hun functie bij de netbeheerder of zijn werkmaatschappij. De beroepsinstantie kan enkel maar vaststellen dat het interne mailverkeer tussen de CEO van Infracore en de bedrijfsjurist bij Infracore zeer zeker onder voormelde geheimhoudingsverplichting valt.

Artikel II.34, 1° van het Bestuursdecreet formuleert een absolute uitzonderingsgrond. De vaststelling dat de openbaarmaking afbreuk doet aan de decretaal voorziene geheimhoudingsplicht volstaat om de aanvraag af te wijzen, zonder dat het belang van de openbaarheid daartegen kan worden ingebracht.

De beroepsinstantie is daarom van oordeel dat om voormelde redenen (decretale geheimhoudingsverplichting) de openbaarmaking van het interne mailverkeer niet kan worden toegestaan.

Uitzonderingsgrond zoals vermeld in artikel 11.39, tweede lid Bestuursdecreet

In artikel II.39, 2e lid van het Bestuursdecreet is bepaald dat de uitzonderingen op de openbaarheid, vermeld in de betrokken afdeling van het Bestuursdecreet, gelden met behoud van de toepassing van de andere uitzonderingen die bij de wet, het decreet of de ordonnantie bepaald zijn en die verband houden met de uitoefening van de bevoegdheden van de federale overheid of andere gemeenschappen of gewesten.

Conform artikel 6, §2, 2° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur wijst 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, af wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet aan een bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting.

De beroepsinstantie stelt nu vast dat er eveneens een wettelijke geheimhoudingsverplichting is voorzien voor adviezen die worden verstrekt door bedrijfsjuristen. In artikel 5 van de wet van 1 maart 2000 tot oprichting van een Instituut voor bedrijfsjuristen, is het volgende gestipuleerd: *De door de bedrijfsjurist verstrekte adviezen, ten gunste van zijn werkgever en in het kader van zijn functie van juridisch raadsman, zijn confidentieel.*

De beroepsinstantie moet dus concluderen dat er inderdaad ook een wettelijke geheimhoudingsplicht werd ingeschreven in de wetgeving rond het Instituut voor bedrijfsjuristen. Op grond daarvan zijn de door een bedrijfsjurist verleende adviezen strikt confidentieel. Uit het onderzoek door de beroepsinstantie is gebleken dat het interne mailverkeer enkel maar betrekking heeft op een advies van de bedrijfsjurist bij Infrac. Tevens kreeg de beroepsinstantie het bewijs toegestuurd dat de betrokken jurist lid is van het Instituut van bedrijfsjuristen en dit sinds 2013.

De beroepsinstantie kan enkel maar vaststellen dat het interne mailverkeer tussen de CEO van Infracore en de bedrijfsjurist bij Infracore zeer zeker ook onder de voormelde wettelijk geheimhoudingsverplichting valt.

De beroepsinstantie wijst erop dat hier gaat om een absolute uitzonderingsgrond. De vaststelling dat de openbaarmaking afbreuk doet aan de wettelijk voorziene geheimhoudingsplicht volstaat om de aanvraag af te wijzen, zonder dat het belang van de openbaarheid daartegen kan worden ingebracht.

```

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

```

De beroepsinstantie is daarom van oordeel dat om voormelde redenen (wettelijke geheimhoudingsverplichting) de openbaarmaking van het interne mailverkeer niet kan worden toegestaan.

Uitzonderingsgrond zoals vermeld in artikel 11.35, 4° Bestuursdecreet

Op basis van uitzonderingsgrond van artikel 11.35, 4° van het Bestuursdecreet moet een aanvraag tot openbaarmaking 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.

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

Deze uitzonderingsgrond beoogt het eerlijk verloop van de rechtspleging te vrijwaren. Een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces is immers het beginsel van de “gelijkheid der wapens in een proces”. Dit beginsel van de wapengelijkheid houdt in dat elke partij het recht heeft haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet benadelen ten opzichte van de tegenpartij. De bestaansreden van voormelde uitzonderingsgronden ligt vooral bij het verhinderen dat de openbaarheid van bestuur waaraan één partij onderworpen is, afbreuk zou doen aan de wapengelijkheid. Zonder deze uitzonderingsgronden zou één partij op grond van de openbaarheid van bestuur 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. Deze uitzonderingsgrond is een correctief op de openbaarheid 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.

De bedoelde uitzonderingsgrond mag evenwel niet op een abstracte manier worden ingeroepen zodat concreet moet worden aangetoond dat het gevraagde bestuursdocument verband houdt met een bestaand rechtsgeding en tegen een bestuursinstantie kan worden aangewend.

In casu heeft de beroepsinstantie uit de ingewonnen informatie kunnen vaststellen dat het voorwerp van het huidig verzoek, zijnde alle mogelijke informatie aangaande een vermeend minnelijk akkoord of de intentie daartoe tussen Fluvius en [REDACTED], duidelijk gelinkt kan worden aan het voorwerp van het burgerlijk rechtsgeding dat er is geweest in 2018 tussen enerzijds [REDACTED], mede gesteund door [REDACTED], en anderzijds Infrac. In die procedure is er al een uitspraak, doch de mogelijkheid is nog steeds aanwezig dat er nog een beroep wordt aangetekend tegen de uitspraak, daar het vonnis door geen van de partijen tot op heden werd betekend.

Voorts stelt de beroepsinstantie vast dat er, in aansluiting op de voormelde burgerlijke procedure, op 30 april 2019 een nieuwe burgerlijke rechtszaak werd opgestart door ■■■, waarbij ■■■ werd gedagvaard tot

```

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

```

het betalen van een schadevergoeding, omdat de beloofde som aan groenestroomcertificaten niet werd nageleefd.

Er bestaat geen twijfel over dat het voorwerp van de beide burgerlijke procedures verband houdt met de informatie die in casu wordt opgevraagd met dit openbaarheidsverzoek. De toetsing van deze concrete situatie aan de finaliteit van de betrokken uitzonderingsgrond leidt tot de conclusie dat het belang van de openbaarheid in dit specifieke geval niet opweegt tegen het belang van de ingeroepen uitzonderingsgrond. De beroepsinstantie is van oordeel dat de belangenafweging waartoe artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet als relatieve uitzonderingsgrond verplicht, in casu niet tot een oordeel in het voordeel van de beroeper leidt. De openbaarmaking ten koste van het beschermde belang mag maar worden bevolen als daarmee het algemeen belang gediend wordt, wat in casu niet het geval is.

slotconclusie

De beroepsinstantie concludeert dat het opgevraagde interne mailverkeer tussen de CEO van Infracore en de bedrijfsjurist van Infracore dan ook niet kan worden vrijgegeven, gelet op het feit dat er zowel een decretaire als een wettelijke geheimhoudingsverplichting aanwezig is die zich daartegen verzetten, alsook het feit dat er momenteel een burgerlijke rechtszaak hangende is tussen de betrokken partijen.

De beroepsinstantie is daarom van oordeel dat het ingestelde beroep, wat het interne mailverkeer betreft, dan ook als **ongegrond** moet beschouwd

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van [REDACTED] d.d. 18 oktober 2019 tegen de weigeringsbeslissing van Fluvius wordt als ontvankelijk doch ongegrond beschouwd.

Brussel, 5 december 2019

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter

[illegible]