

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/2022/288

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Bevoegdheid beroepsinstantie

Bestuursdecreet van 7 december 2018, titel II, hoofdstuk 3, afdeling 6.

Besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie.

Voorafgaande procedure

Bij mailbericht d.d. 2 september 2022, herinnerd bij mail d.d. 23 september 2022, dienden ■■■ een verzoek in bij het kabinet van minister Demir en bij het Vlaams Energie- en Klimaatagentschap (verder "VEKA") om, in het kader van de plannen van de Vlaamse overheid om de steun door groenstroomcertificaten te stoppen voor bepaalde bestaande installaties voor groenestroomproductie op basis van zonne-energie, een afschrift te bezorgen van:

- de door de Vlaamse overheid uitgevoerde financiële studies waaronder minstens:
 - o de laatste versie van de studie uitgevoerd door het bedrijf Oxera;
 - o de berekeningsmodellen voor de referentiegevallen gehanteerd in deze studie;
 - o de opdracht en de instructies gegeven door de Vlaamse overheid voor deze studie;
 - o het selectieproces dat heeft geleid tot de aanstelling van het bedrijf Oxera;
 - o alle e-mails, brieven en notulen in dit verband.
- de door de Vlaamse overheid uitgevoerde economische studies waaronder minstens:
 - o de verwezenlijkte impactanalyses;
 - o alle e-mails, brieven en notulen in dit verband.
- de door de Vlaamse overheid uitgevoerde juridische studies en alle e-mails, brieven en notulen in dit verband.
- het wetgevingstechnisch en taaladvies nr. 2022/172 dat op 19 mei 2022 door de Vlaamse overheid werd bekomen.
- alle e-mails, brieven en notulen die betrekking hebben op de aangekondigde plannen tussen de Vlaamse overheid en, enerzijds, de andere Belgische overheden en, anderzijds, de Staatssteuncel van DG COMP van de Europese Commissie, inclusief wat betreft diens nieuwe Richtsnoeren staatsteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie (de nieuwe CEEAG) en in voorkomend geval de procedure van de dienstige maatregelen zoals voorzien in paragraaf 468(a) van de nieuwe CEAAG.

Bij mailbericht van 27 september 2022 werd door ■■■ (verder 'beroeper') beroep ingesteld bij de beroepsinstantie wegens het uitblijven van een beslissing van het kabinet van minister Demir en van VEKA. Dit beroep werd door de beroepsinstantie geregistreerd op 28 september 2022.

Op 27 oktober 2022 werd de beslissingstermijn van dertig kalenderdagen verlengd tot vijfenveertig kalenderdagen conform artikel II.50, §1, tweede lid van het Bestuursdecreet.

Ontvankelijkheid van het beroep

Het oorspronkelijke verzoek dateert van 2 september 2022.

Het verzoek werd door VEKA geregistreerd op 5 september 2022. Op het moment van het indienen van het beroep was de decretale beslissingstermijn bijgevolg verstreken. Conform artikel II.48, §1 Bestuursdecreet heeft de termijn om een beroep in te dienen bijgevolg geen aanvang genomen.

Het beroep ingediend bij mailbericht d.d. 27 september 2022 is aldus tijdig ingesteld en is **ontvankelijk**.

Gegrontheid van het beroep

Overeenkomstig artikel II.31, eerste lid 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. Inhoud van het beroepschrift

Gelet op het gebrek aan reactie vanwege het kabinet van minister Demir en VEKA, zag beroeper zich genoodzaakt beroep in te dienen. In het beroepschrift geeft de beroeper nog aan dat de gevraagde bestuursdocumenten nochtans geen enkele informatie van persoonlijke aard betreffen of bevatten en hun inziens evenmin vallen onder enige andere uitzondering voorzien door het Bestuursdecreet.

2. Toelichting door het VEKA

De beroepsinstantie contacteerde op 30 september 2022 het kabinet van minister Demir en VEKA om nadere toelichting te verkrijgen.

Op 7 oktober 2022 ontving de beroepsinstantie volgende toelichting van VEKA, waarbij werd aangegeven dat deze toelichting ook het antwoord namens het kabinet van minister Demir inhield:

"De openbaarheidsvraag betreft echter een vraag naar letterlijk **honderden** individuele bestuursdocumenten zodat het VEKA op het moment van instellen beroep nog bezig was de aanvraag te verwerken en de documenten te indexer en analyseren, wat een immense taak blijkt te zijn. Op 28 september 2022 werd dit medegedeeld aan de verzoeker en werd hem gevraagd enig geduld uit te oefenen aangezien we daar nog mee bezig waren, en we er nog op terug zouden komen. Er werd echter blijkbaar door de verzoeker niet gewacht om een beroep in te dienen.

A. Er is geen bezwaar tegen het geheel of in bepaalde gevallen gedeeltelijk openbaar maken van de hierna volgende bestuursdocumenten:

- De opgeleverde **studie** van Oxera werd in het kader van de eerste principiële goedkeuring van het ontwerpdecreet overigens al actief openbaar gemaakt en kan door verzoeker gewoon worden teruggevonden via de publieke link van de beslissingen van de Vlaamse Regering: <https://beslissingenvlaamse regering.vlaanderen.be/document-view/62C7E0338E6C4430A8897BF8>

Er werden [sic] door de Vlaamse Overheid omtrent het ontwerpdecreet geen andere financiële studie uitgevoerd.

- Het **bestek** van de overheidsopdracht dat aanleiding gaf tot het aanstellen van Oxera. Er werd beroep gedaan op de procedure van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Drie kandidaten werden aangeschreven voor deze opdracht. Oxera diende als enige een offerte in.

- De daarbij aansluitende e-mails van:

- o 22 februari 2022 (20:00)
- o 22 februari 2022 (22:13)
- o 1 maart 2022 (11:14)
- o 3 maart 2022 (12:12)
- o 3 maart 2022 (20:57)
- o 4 maart 2022 (9:11)
- o 4 maart 2022 (11:26)
- o 4 maart 2022 (16:27)
- o 10 maart 2022 (14:18)
- o 10 maart 2022 (15:00)
- o 10 maart 2022 (15:32)
- o 14 maart 2022 (15:27)

- Het **gunningsverslag** van 14 maart 2022.

- Vanaf eind maart 2022 werden er met Oxera wekelijkse vergaderingen ingepland om de voortgang met de studie op te volgen. Van deze vergaderingen werden geen schriftelijke verslagen gemaakt. Een document dat niet bestaat kan niet openbaar worden gemaakt. Een aantal emailwisselingen hebben hierbij plaatsgevonden, te weten:

- o 14 maart 2022 (18:48)
- o 16 maart 2022 (8:52)
- o 16 maart 2022 (13:00)
- o 16 maart 2022 (13:06)
- o 16 maart 2022 (13:08)
- o 16 maart 2022 (13:18)
- o 16 maart 2022 (13:28)
- o 17 maart 2022 (16:59)
- o 17 maart 2022 (17:08)
- o 17 maart 2022 (17:25)
- o 18 maart 2022 (9:46)
- o 18 maart 2022 (9:58)
- o 18 maart 2022 (10:49)
- o 18 maart 2022 (14:12)
- o 17 maart 2022 (17:23)
- o 23 maart 2022 (10:22)
- o 23 maart 2022 (11:39)

- o 25 maart 2022 (16:10)
- o 25 maart 2022 (17:28)
- o 31 maart 2022 (9:10)
- o 31 maart 2022 (18:49)
- o 31 maart 2022 (19:27)
- o 1 april 2022 (0:47)
- o 5 april 2022 (13:21)
- o 6 april 2022 (10:16)
- o 6 april 2022 (10:50)
- o 13 april 2022 (9:08)
- o 13 april 2022 (14:13)
- o 13 april 2022 (16:37)
- o 19 april 2022 (14:04)
- o 25 april 2022 (16:45)
- o 25 april 2022 (17:21)
- o 28 april 2022 (10:38)
- o 28 april 2022 (12:03)
- o 28 april 2022 (12:19)
- o 29 april 2022 (13:39)
- o 29 april 2022 (15:48)
- o 3 mei 2022 (11:26)
- o 4 mei 2022 (14:42)
- o 4 mei 2022 (15:54)
- o 6 mei 2022 (11:27)
- o 6 mei 2022 (18:48)
- o 13 mei 2022 (23:34) de attachement in bijlage is conform artikel II.33, 2° van het Bestuursdecreet niet openbaar omdat het een ontwerpversie betreft van de studie.
- o 16 mei 2022 (16:03)
- o 16 mei 2022 (19:13)
- o 18 mei 2022 (11:47)
- o 18 mei 2022 (15:04)
- o 19 mei 2022 (10:03)
- o 19 mei 2022 (10:29)
- o 19 mei 2022 (16:59)
- o 21 mei 2022 (1:09)
- o 24 mei 2022 (16:55)
- o 24 mei 2022 (17:32)
- o 24 mei 2022 (14:28)
- o 25 mei 2022 (8:46)
- o 25 mei 2022 (12:01)
- o 25 mei 2022 (12:48)
- o 25 mei 2022 (15:54)
- o 25 mei 2022 (16:59)
- o 25 mei 2022 (17:07)
- o 27 mei 2022 (18:10)
- o 28 mei 2022 (9:37)
- o 28 mei 2022 (9:42)
- o 28 mei 2022 (17:02)

Bij die e-mailwisselingen zit ook correspondentie vanwege onze raadsmanen. Wat die correspondentie betreft (hierboven gemarkeerd in rood): die is niet openbaar omwille van het beroepsgeheim van de advocaat. Zie hierover ook punten 4 en 5, waarvan de aldaar vermelde argumentatie ook op deze e-mails van toepassing is.

Wat voormelde e-mails betreffen wordt wel gevraagd om minstens alle namen en contactgegevens van individuele natuurlijke personen onleesbaar te maken. De mails bevatten immers persoonlijke (contact)gegevens van zowel mensen van uit de Vlaamse overheid als van externen.

De vraag stelt zich of een aantal van die e-mails ook niet vallen onder de uitzonderingsgrond uit artikel II.33, 3° met betrekking tot “interne communicatie” (bijvoorbeeld maar niet beperkt tot, de e-mail van 25 mei 2022 (8:46)).

B. Wat de hierna volgende documenten betreffen, hebben het VEKA en het kabinet **fundamentele bezwaren** om tot openbaarmaking over te gaan:

1. de **offerte** van Oxera

De offerte bevat meerdere curriculum vitae van natuurlijke personen. Die curricula vitae vervat informatie waarvan de openbaarmaking volgens het oordeel van het VEKA afbreuk zou kunnen doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het betreft hier met name contactgegevens, en informatie betreffende de opleiding en vorming en de professionele ervaring van de werknemers van Oxera die de studie uitvoerden. Deze gegevens betreffen de persoonlijke levenssfeer, en komen bijgevolg principieel niet in aanmerking voor openbaarmaking conform artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet.

2. de **berekeningsmodellen voor de referentiegevallen gehanteerd in deze studie;**

Het VEKA heeft de achterliggende berekeningsmodellen voor de referentiegevallen die door Oxera werden gebruikt niet in handen. Die zitten immers niet in de opgeleverde economische studie. Het betreft immers modellen die inzichten geven in de methode die Oxera gebruikt. Deze methode heeft een commerciële waarde en werd daarom ook niet met de Vlaamse Overheid gedeeld. Een document dat niet in handen is van de overheid is geen bestuursdocument in de zin van het Bestuursdecreet dat onder openbaarheid valt, noch is de overheid verplicht die documenten bij derden te gaan opvragen om aan een openbaarheidsverzoek te voldoen.

3. **Onbestaande bestuursdocumenten**

Vanaf eind maart 2022 werden er met Oxera wekelijkse vergaderingen ingepland om de voortgang met de studie op te volgen. Van deze vergaderingen werden geen schriftelijke verslagen gemaakt. Een document dat niet bestaat kan niet openbaar worden gemaakt.

4. Op de vraag naar **“de door de Vlaamse overheid uitgevoerde juridische studies en alle e-mails, brieven en notulen in dit verband”** kan niet worden ingegaan.

Het Vlaamse Gewest heeft in dit verband externe juridische adviezen ingewonnen, onder andere naar aanleiding van schrijvens vanuit Fieldfisher zelve, bij de advocatenkantoren “Crowell Moring”, bij “& De Bandt”, en bij “Demos Public Law”. Zie de map **“Juridisch advies raadslieden – BEROEPSGEHEIM”**.

Het weze duidelijk dat men hier informatie opvraagt die beschermd wordt door het beroepsgeheim van de advocaten. Zij wensen immers in het kader van hun vraag m.b.t. de correspondentie tussen het VEKA en het kabinet Demir de externe juridische adviezen die werden ingewonnen en die aan het kabinet Demir werden overgemaakt te weten te komen. In zoverre die documenten en correspondentie betrekking hebben op het door de Vlaamse overheid aangaande dit dossier bij een advocatenkantoor ingewonnen extern juridisch advies, valt dit onder het beroepsgeheim en buiten de openbaarheid van bestuur. Het belang van

voornoemd beroepsgeheim van advocaten t.a.v. het principe van de openbaarheid van bestuur werd overigens al expliciet bevestigd door de Raad van State (bv. arrest nr. 202.966 van de Raad van State d.d. 15 april 2010) en wordt ook door de Beroepsinstantie als vaste rechtspraak gehanteerd. Volgens de Beroepsinstantie moet deze bescherming van het beroepsgeheim niet enkel worden geboden voor adviezen of documenten die verband houden met een gerechtelijke procedure aangezien de Raad van State heeft gesteld dat er anders over oordelen aldus het doel van deze geheimhoudingsverplichting zou miskennen, die er volgens de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op gericht is 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. Het beroepsgeheim is er om de vertrouwelijkheid te beschermen, en niet omgekeerd. Men vraagt dus ten onrechte dat moet worden nagaan of de vertrouwelijkheid, die de Vlaamse overheid geniet in haar overleg met haar advocaat, moet wijken voor het beginsel van de openbaarheid van bestuur. De wet van 11 april 1994 antwoordt daar ontkennend op. De eerbiediging van het recht van verdediging - en daarom van de vertrouwelijke aard van deze briefwisseling - weegt immers zwaarder (HvJ 155/79, AM&S Europe Ltd., Jur. 1982, 1575). Het Grondwettelijk Hof besliste in dezelfde zin. (GwH 3 mei 2000, nr. 46/2000, RW 2000-01, 506; GwH 14 juni 2006, nr. 100/2006, BS 19 juni 2006; GwH 24 maart 2004, nr. 50/2004, RW 2004-05, 218; GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, RW 2008- 09, 109).

Wat dergelijke documenten betreffen moet de aanvraag in het licht van artikel 6, §2, 2° van de wet van 11 april 1994, dat een absolute uitzondering vormt op de openbaarheid van bestuur, worden afgewezen.

Te meer daar een aantal van de juridische analyses die door de raadslieden werden uitgevoerd dan nog rechtstreeks betrekking hebben op het standpunt dat door de verzoeker aan de Vlaamse overheid werd bezorgd. Dergelijke externe analyses van het standpunt van de verzoeker aangaande het voorliggende regelgevende voorwerp dienen uiteraard in de cliënt-advocaat relatie van het Vlaamse Gewest hoogst vertrouwelijk blijven en de bekendmaking ervan zou de wapengelijkheid t.o.v. verzoeker teniet doen.

5. Op het verzoek naar “alle e-mails, brieven en notulen die betrekking hebben op de aangekondigde plannen tussen de Vlaamse overheid en, enerzijds, de andere Belgische overheden en, anderzijds, de Staatssteuncel van DG COMP van de Europese Commissie, inclusief wat betreft diens nieuwe Richtsnoeren staatsteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie (de nieuwe CEEAG) en in voorkomend geval de procedure van de dienstige maatregelen zoals voorzien in paragraaf 468(a) van de nieuwe CEAAG.” kan niet worden ingegaan.

Het openbaar maken van al deze bestuursdocumenten opgenomen in de map “**contact DG COMP**” valt onder de uitzonderingsgrond uit artikel II.35, 2° van het Bestuursdecreet (“het vertrouwelijke karakter van de internationale betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap en van de betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap met de supranationale instellingen, met de federale overheid en met andere gemeenschappen en gewesten”).

Het gaat immers over een lopend dossier waar heden intensieve actieve contacten en onderhandelingen over lopen met de Europese Commissie. Dergelijke onderhandelingen zijn immers heel sensitief van aard en vertrouwelijk. De informele contacten die met DG COMP zijn gelegd vallen ook binnen deze internationale betrekkingen. Zoals in de memorie van toelicht [sic] bij het Bestuursdecreet expliciet vermeld: “Er wordt uitdrukkelijk ook voorzien dat deze uitzondering eveneens kan ingeroepen worden in betrekkingen met supranationale instellingen (Europese Raad, Parlement en Commissie)” (Parl.St.,2017-2018, 1656/1, p. 62). Er werden in dit dossier dan ook ettelijke tientallen e-mails gewisseld: niet enkel e-mails om een afspraak te maken, te annuleren en verplaatsen, enz. maar ook inhoudelijke discussienota's en andere werkdocumenten zoals powerpointvoorstellingen die aan de DG COMP werden gegeven.

Bijkomend is een aantal van de correspondentie geschiedt vanuit de advocaten van het Vlaamse Gewest of werden door onze raadslieden nota's en ppt's opgesteld en voorgesteld aan de DG COMP. Het weze duidelijk dat men wat die correspondentie en stukken van onze raadslieden betreffen informatie opvraagt die beschermd wordt door het beroepsgeheim van de advocaten. Zij wensen immers in het kader van hun vraag m.b.t. de correspondentie tussen het VEKA en het kabinet Demir de externe juridische adviezen die werden ingewonnen en die aan het kabinet Demir werden overgemaakt te weten te komen, alsook de stukken en presentaties die door die advocaten richting de Europese Commissie in dit lopende dossier werden gegeven. In zoverre die documenten en correspondentie betrekking hebben op het door de Vlaamse overheid aangaande dit dossier bij een advocatenkantoor ingewonnen extern juridisch advies, valt dit onder het beroepsgeheim en buiten de openbaarheid van bestuur. Het belang van voornoemd beroepsgeheim van advocaten t.a.v. het principe van de openbaarheid van bestuur werd overigens al expliciet bevestigd door de Raad van State (bv. arrest nr. 202.966 van de Raad van State d.d. 15 april 2010) en wordt ook door de Beroepsinstantie als vaste rechtspraak gehanteerd. Volgens de Beroepsinstantie moet deze bescherming van het beroepsgeheim niet enkel worden geboden voor adviezen of documenten die verband houden met een gerechtelijke procedure aangezien de Raad van State heeft gesteld dat er anders over oordelen aldus het doel van deze geheimhoudingsverplichting zou miskennen, die er volgens de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State op gericht is 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. Het beroepsgeheim is er om de vertrouwelijkheid te beschermen, en niet omgekeerd. Men vraagt dus ten onrechte dat moet worden nagaan of de vertrouwelijkheid, die de Vlaamse overheid geniet in haar overleg met haar advocaat, moet wijken voor het beginsel van de openbaarheid van bestuur. De wet van 11 april 1994 antwoordt daar ontkennend op. De eerbiediging van het recht van verdediging – en daarom van de vertrouwelijke aard van deze briefwisseling – weegt immers zwaarder (HvJ 155/79, AM&S Europe Ltd., Jur. 1982, 1575). Het Grondwettelijk Hof besliste in dezelfde zin. (GwH 3 mei 2000, nr. 46/2000, RW 2000-01, 506; GwH 14 juni 2006, nr. 100/2006, BS 19 juni 2006; GwH 24 maart 2004, nr. 50/2004, RW 2004-05, 218; GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008, RW 2008- 09, 109).

Wat dergelijke documenten betreffen moet de aanvraag in het licht van artikel 6, §2, 2° van de wet van 11 april 1994, dat een absolute uitzondering vormt op de openbaarheid van bestuur, worden afgewezen.

7. De door de VREG bezorgde elektronische documenten opgenomen in de map **“communicatie VREG–BEROEPSGEHEIM”**, zoals bijvoorbeeld het document “Vertrouwelijk_20220405_Certificaten VEKA WKK_technologies”, vallen onder twee uitzonderingsgronden uit het Bestuursdecreet, namelijk:

- Art. II.34, 6° (“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 openbaarmaking instemt”). De VREG is als onafhankelijke energieregulator immers totaal niet verplicht om die gegevens aan de administratie te bezorgen en heeft die gegevens als expliciet vertrouwelijk bestempeld omwille van de economische sensitiviteit van de gegevens.
- Art. II.35, 3° het vertrouwelijke karakter van commerciële en industriële informatie, als die informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt. Het betreffen immers gegevens tot op installatieniveau van de certificaten die werden uitgegeven en verkocht. Hieruit kan voorts worden afgeleid hoeveel stroom en warmte er door de installatie in kwestie werd geproduceerd, de mate van stilliggen van de installatie enzovoort.

Daarenboven moet er op worden gewezen dat conform artikel 3.1.12 van het Energiedecreet van 8 mei 2009 de bestuurders, de algemeen directeur en de personeelsleden van de VREG zijn gebonden door het beroepsgeheim. Zij mogen de vertrouwelijke gegevens die hun ter kennis komen op grond van hun functie

bij de VREG aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen of in het kader van de uitwisseling van gegevens met de regulatoren en instanties die werkzaam zijn binnen de Vlaamse, Belgische en Europese elektriciteits- en aardgasmarkt of met regulatoren binnen andere netwerksectoren, voor zover die gegevensuitwisseling nadrukkelijk bepaald of toegestaan is in verordeningen of richtlijnen die de instellingen van de Europese Unie hebben vastgesteld, of als met die instanties een overeenkomst is gesloten, als vermeld in artikel 3.1.4, § 2, 8°. Dat laatste is tussen VEKA en VREG gebeurd, en de gegevens werden via brief d.d. 12 februari 2022 bij de VREG opgevraagd. Hierdoor worden die gegevens ook in hoofde van het VEKA vertrouwelijk en niet openbaar. Dit maakt wat deze documenten betreft een derde uitzonderingsgrond uit.

8. **Het wetgevingstechnisch advies** nr. 2022/172 van 19 mei 2022. Dit betreft een intern overheidsadvies via track changes over een ontwerp van regelgevende tekst. Conform artikel II.33, 2° van het Bestuursdecreet is dit advies niet openbaar omdat het een ontwerpversie betreft van het ontwerpdecreet, en zo inzage kan bieden over wat al dan niet inhoudelijk nog werd gewijzigd tijdens het politieke beleidsproces dat plaatvond tussen het inwinnen van het advies en de principiële goedkeuring van het ontwerpdecreet door de Vlaamse Regering.”

3. Standpunt van de beroepsinstantie

De beroepsinstantie stelt vast dat het verzoek tot openbaarheid verband houdt met het ontwerp van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het stelsel van de groenestroomcertificaten. Na een eerste principiële goedkeuring van het voorontwerp van decreet op 15 juli 2022, heeft de Vlaamse Regering op 16 september 2022 haar tweede principiële goedkeuring gegeven met het oog op advies van de Raad van State. De betrokken documenten kunnen teruggevonden worden op <https://beslissingenvlaamse regering.vlaanderen.be/>. Er wordt vermeld dat” het doel van de wijziging [is] om het stelsel van de groenestroomcertificaten ter bevordering van de opwekking van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in overeenstemming te brengen met de Europese regels voor staatssteun, in het bijzonder de nieuwe Richtsnoeren staatssteun voor klimaat, milieubescherming en energie 2022. De bijsturing is nodig omdat een analyse van de bestaande steunregeling aantoonde dat deze aanleiding kan geven tot ongeoorloofde overcompensatie. Dat is zo voor installaties voor zonne-energie met startdatum voor 1 januari 2013, die aanspraak kunnen maken op één groenestroomcertificaat per 1000 kWh opgewekte elektriciteit, met een steun per certificaat die kan oplopen tot 450 euro. Het voorontwerp van wijzigingsdecreet voorziet daarom dat de reguliere steunperiode voor deze installaties, die momenteel 20 jaar is, op 31 december 2023 wordt stopgezet. De exploitant kan wel een verlenging van de steun aanvragen indien dit noodzakelijk zou zijn om de rendabiliteit van zijn installatie te verzekeren.”

De beroepsinstantie ontving van VEKA een aantal zipfiles m.b.t. de gevraagde documenten. Het komt nu aan de beroepsinstantie toe om hieromtrent te oordelen.

a. Eerste onderdeel: documenten m.b.t. studie Oxera

Uit de toelichting kan de beroepsinstantie redelijkerwijze afleiden dat er maar 1 (economische/financiële) studie is uitgevoerd, namelijk door Oxera.

De opgeleverde studie van Oxera is actief openbaar gemaakt op <https://beslissingenvlaamse regering.vlaanderen.be/document-view/62C7E0338E6C4430A8897BF8>.

Uit het voorgaande volgt dat beroeper de studie via de vermelde website actief kan consulteren. Hij kan de gewenste informatie daar terugvinden. Nu de gevraagde informatie reeds actief openbaar werd gemaakt

en hierdoor dus sowieso reeds aan de openbaarheidsvraag tegemoet was gekomen, is het beroep m.b.t. deze studie **ongegrond**.

VEKA en het kabinet van minister Demir hebben geen bezwaar tegen het openbaar maken van het **bestek** van de overheidsopdracht dat aanleiding gaf tot het aanstellen van Oxera, het **gunningsverslag van 14 maart 2022** en de **volgende mailberichten** van 22 februari 2022 (20:00), 22 februari 2022 (22:13), 1 maart 2022 (11:14), 3 maart 2022 (12:12), 3 maart 2022 (20:57), 4 maart 2022 (9:11), 4 maart 2022 (11:26), 4 maart 2022 (16:27), 10 maart 2022 (14:18), 10 maart 2022 (15:00), 10 maart 2022 (15:32) en 14 maart 2022 (15:27). Het beroep is aldus m.b.t. deze documenten **gegrond**. Dit werd nogmaals bevestigd door VEKA in een bijkomende toelichting aan de beroepsinstantie d.d. 8 november 2022. In voormelde bijkomende toelichting bevestigt VEKA dat er geen bezwaar is om de mailberichten van 22/2 om 20.04 en 20.02u openbaar te maken.

VEKA geeft aan dat vanaf eind maart 2022 er met Oxera wekelijkse vergaderingen werden ingepland om de voortgang met de studie op te volgen, maar dat er van deze **vergaderingen** geen **schriftelijke verslagen** werden gemaakt.

Artikel I.4, 3° van het Bestuursdecreet definieert een bestuursdocument als “alle informatie, ongeacht de drager ervan, die in het bezit is van een overheidsinstantie”. Aangezien er geen schriftelijke verslagen van de vergaderingen met Oxera werden opgemaakt, kan er daarvan ook geen afschrift verleend worden. Bijgevolg dient het beroep hiervoor als **ongegrond** te worden beschouwd, vermits het gaat om onbestaande documenten.

VEKA en het kabinet hebben echter fundamentele bezwaren tegen het openbaar maken van **de offerte van Oxera**. Volgens VEKA bevat de offerte meerdere curriculum vitae van natuurlijke personen. Die curricula vitae vervat informatie waarvan de openbaarmaking volgens het oordeel van het VEKA afbreuk zou kunnen doen aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het betreft hier met name contactgegevens, en informatie betreffende de opleiding en vorming en de professionele ervaring van de werknemers van Oxera die de studie uitvoerden. Volgens VEKA betreffen deze gegevens de persoonlijke levenssfeer, en komen deze bijgevolg principieel niet in aanmerking voor openbaarmaking conform artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet.

Artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet bevat inderdaad de verplichting om, behoudens toestemming van de betrokkenen, een aanvraag af te wijzen als de openbaarmaking afbreuk doet aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Deze bepaling laat niet toe dat gegevens worden verstrekt die de identificatie van derden mogelijk maken, in de mate dat daarmee afbreuk zou worden gedaan aan de bescherming van hun persoonlijke levenssfeer.

Hoewel het hier om een absolute uitzonderingsgrond gaat waardoor er geen belangenafweging moet plaatsvinden tussen het door de uitzonderingsgrond beschermde belang met het belang van de openbaarheid, vertoont de in artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet voorziene uitzonderingsgrond niettemin een relatief aspect. De decreetgever was weliswaar van oordeel dat er geen afweging vereist is met het openbaar belang dat met de openbaarheid is gediend, maar wijst er desondanks op dat telkens en in concreto geoordeeld moet worden of er al dan niet een inbreuk is gepleegd op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (*Parl.St.* VI.Parl. 2017-18 nr. 1656/1, 58).

De beroepsinstantie heeft echter vastgesteld dat de door VEKA aangehaalde gegevens die bescherming genieten, op de website van Oxera openbaar zijn. Bijgevolg ziet de beroepsinstantie niet in dat er een inbreuk zou gepleegd worden op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer bij de openbaarmaking van de door VEKA aangehaalde gegevens. De beroepsinstantie is bijgevolg van oordeel dat de openbaarmaking van voormelde gegevens geen afbreuk doet aan het recht op eerbiediging van de

persoonlijke levenssfeer van de betrokkenen en dat deze gegevens dan ook niet moeten worden afgeschermd in toepassing van artikel II.34, 2° van het Bestuursdecreet.

Op de vraag van de beroepsinstantie aan VEKA of er andere redenen/uitzonderingsgronden voorhanden zijn/ingeroepen worden om de offerte niet openbaar te maken, heeft VEKA ontkennend geantwoord. Hieruit volgt redelijkerwijze dat het beroep m.b.t. de offerte **gegrond** is.

M.b.t. **de gevraagde de berekeningsmodellen voor de referentiegevallen gehanteerd in de studie van Oxera**, stelt VEKA dat het de achterliggende berekeningsmodellen voor de referentiegevallen die door Oxera werden gebruikt niet in handen heeft. Die zitten immers niet in de opgeleverde economische studie. Het betreft immers modellen die inzichten geven in de methode die Oxera gebruikt. Deze methode heeft een commerciële waarde en werd daarom ook niet met de Vlaamse Overheid gedeeld. Volgens VEKA is het gevraagde een document dat niet in handen is van de overheid en bijgevolg geen bestuursdocument in de zin van het Bestuursdecreet, noch is de overheid volgens VEKA verplicht die documenten bij derden te gaan opvragen om aan een openbaarheidsverzoek te voldoen.

Artikel I.4, 3° van het Bestuursdecreet definieert een bestuursdocument als “alle informatie, ongeacht de drager ervan, die in het bezit is van een overheidsinstantie” In de memorie van toelichting bij het Bestuursdecreet wordt hieromtrent gesteld: “Dat houdt dus in dat informatie waarover een overheidsinstantie juridisch ‘beschikt’, maar die niet feitelijk in zijn bezit heeft, wel onder het toepassingsgebied blijft vallen.” Uit de toelichting van VEKA leidt de beroepsinstantie redelijkerwijze af dat VEKA de gevraagde berekeningsmodellen niet feitelijk bezit, maar ook dat VEKA niet “op andere gronden” – zoals bijvoorbeeld het bestek -van de gevraagde documenten gebruik kan maken. Dit laatste werd nogmaals bevestigd door VEKA in de bijkomende toelichting d.d. 8 november 2022 als volgt: “de achterliggende berekeningsmodellen zijn eigen aan Oxera en werden geen eigendom van het VEKA/Vlaamse Gewest”. Bijgevolg dient het beroep hiervoor als **ongegrond** te worden beschouwd, vermits het niet gaat om bestuursdocumenten zoals gedefinieerd in het Bestuursdecreet.

Wat het mailverkeer m.b.t. Oxera (– studie) betreft, beroept VEKA zich ondermeer op de uitzonderingsgrond vermeld in artikel II.33, 3° Bestuursdecreet. Op basis van de voormelde uitzondering op het openbaarheidsprincipe, mogen overheidsinstanties een aanvraag tot openbaarmaking van bestuursdocumenten afwijzen wanneer deze betrekking heeft op interne communicatie, tenzij het belang van de openbaarheid zou primeren:

“Tenzij het belang van de openbaarheid primeert, mogen de overheidsinstanties, vermeld in artikel II.28, § 1, een aanvraag afwijzen:

(...) 3° als de aanvraag betrekking heeft op interne communicatie.”

De Memorie van Toelichting bij artikel II.33, 3° van het Bestuursdecreet (*Parl.St.* VI.Parl. 2020-21, nr. 780/1, 90-93) verduidelijkt dat deze uitzondering betrekking heeft op de interne uitwisseling van berichten, communicatie en mailwisseling tussen kabinetten en administratie, en administratie en kabinetten onderling. Daarenboven wordt in de parlementaire voorbereiding ook gesteld dat “Ook informatie die een overheidsinstantie van een externe bron heeft ontvangen, kan intern zijn “mits zij vóór de ontvangst ervan door deze instantie niet beschikbaar was of had moeten worden gesteld aan het publiek en zij niet buiten de muren van die instantie terechtkomt nadat zij deze informatie heeft ontvangen”. arrest HvJ EU 20 januari 2021, randnummer 43 – C-619/19”

Bovendien zijn er bij toepassing van deze uitzonderingsgrond geen beperkingen wat de inhoud van “communicatie” betreft: het kan zowel gaan om persoonlijke beleidsopvattingen als feitelijke informatie of loutere data, zolang die informatie kadert in de voorbereiding van een beslissing of in het zoeken naar een

oplossing van een specifiek probleem. Het doel van deze uitzondering wordt als volgt beschreven in de Memorie van Toelichting:

“Een effectieve besluitvorming door de overheid veronderstelt dat voorstellen, ideeën of opvattingen over inhoudelijke, procesmatige, organisatorische of politieke aangelegenheden vrij kunnen uitgewisseld worden tussen personeelsleden van de overheid, en dat die uitwisseling ook schriftelijk kan zonder dat die voorstellen, ideeën of opvattingen op verzoek publiek moeten gemaakt worden. Een te rigide openbaarheidsregeling op dit punt heeft het ongewenste effect dat binnen de overheid niet meer vrijelijk van gedachten kan gewisseld worden over een dossier, beleidsproces, advies of ontwerpregelgeving. (...) Een zeker mate van ‘beleidsintimiteit’ en vertrouwelijkheid is noodzakelijk om te komen tot een effectieve besluitvorming. (...)”

“Interne mededelingen bereiden een administratieve beslissing voor; een administratie moet de verschillende argumenten voor of tegen een beslissing over een specifiek probleem schriftelijk kunnen vastleggen, zonder dat deze interne beraadslagingen openbaar worden gemaakt. Het essentiële element is immers de administratieve beslissing en de eventuele rechtvaardiging daarvan, niet de manier waarop die beslissing tot stand is gekomen.”

De doelstelling van deze uitzonderingsgrond is om overheidsinstanties het recht te bieden hun interne raadplegingen en beraadslagingen en voorbereidingen te beschermen als dat noodzakelijk is om hun taken uit te voeren. Het begrip “intern” houdt in dat het gaat om informatie die niet buiten de muren van de overheidsinstantie terechtkomt, in het bijzonder wanneer zij niet is bekendgemaakt aan een derde of niet beschikbaar is gesteld aan het publiek.

Volgens het oordeel van de beroepsinstantie kan, voor wat betreft de gevraagde communicatie (mailverkeer) tussen administratie/kabinet en de aangestelde externe deskundige (Oxera), inderdaad beroep worden gedaan op de uitzonderingsgrond zoals vermeld in artikel II.33, 3° Bestuursdecreet. De beroepsinstantie wenst hierbij te verwijzen naar de hierna aangehaalde overwegingen uit het arrest van het Europees Hof van Justitie d.d. 20 januari 2021 (ivm de interpretatie van het begrip “interne mededelingen”), waarnaar ook uitdrukkelijk wordt verwezen in de memorie van toelichting bij de voormelde bepaling in het Bestuursdecreet:

“Wat in de tweede plaats het woord „intern” betreft, volgt uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2003/4 dat de overheidsinstanties beschikken over de milieu-informatie waartoe deze richtlijn beoogt toegang te verlenen. Overeenkomstig artikel 2, punt 3, van die richtlijn is dat het geval voor informatie die in het bezit is van een instantie en die zij heeft opgesteld of ontvangen. Met andere woorden, overheidsinstanties die in het bezit zijn van milieu-informatie, kunnen daarover beschikken, deze verwerken en intern analyseren en beslissen over de bekendmaking daarvan.

Hieruit volgt dat niet alle milieu-informatie waarover een overheidsinstantie beschikt noodzakelijkerwijs „intern” is. Dit is alleen het geval voor informatie die niet buiten de muren van een overheidsinstantie terechtkomt, in het bijzonder wanneer zij niet is bekendgemaakt aan een derde of niet beschikbaar is gesteld aan het publiek.

Indien een overheidsinstantie beschikt over milieu-informatie die zij van een externe bron heeft ontvangen, kan deze informatie ook „intern” zijn, mits zij vóór de ontvangst ervan door deze instantie niet beschikbaar was of had moeten worden gesteld aan het publiek en zij niet buiten de muren van die instantie terechtkomt nadat zij deze informatie heeft ontvangen.

Deze uitlegging van het woord „intern” wordt geschraagd door het doel dat wordt nagestreefd met de voor interne mededelingen gemaakte uitzondering op het recht van toegang tot milieu-informatie. In dit verband volgt uit de toelichting op artikel 4 van het op 29 juni 2000 ingediende voorstel van de Commissie voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de toegang van het publiek tot milieu-

informatie [COM(2000) 402 def. – 2000/0169(COD) (PB 2000, C 337 E, blz. 156)] dat de uitzondering op grond waarvan de toegang tot interne mededelingen kan worden geweigerd, net als de uitzondering voor nog onvoltooid materiaal of onvoltooide documenten, is bedoeld om tegemoet te komen aan de behoefte van de overheidsinstanties om te beschikken over een beschermde ruimte om intern te beraadslagen.”

Ook documenten die - in opdracht van een overheidsinstantie - opgesteld werden door externen (bijv. consultants) maar wel ten behoeve van het intern beraad binnen de overheidsinstantie, moeten afgeschermd worden.

In casu gaat het volgens de beroepsinstantie toch over een studieopdracht die werd gevraagd om intern daarover een standpunt te kunnen innemen. Het gaat daarbij ook om informatie die kadert in de voorbereiding van een beslissing (met name de beslissing tot wijziging van het stelsel van groenestroomcertificaten).

De beroepsinstantie is van mening dat er in casu geen openbaar belang, zoals geduid in de parlementaire voorbereiding, gemoeid is met de openbaarmaking van de betrokken documenten (het betrokken mailverkeer). De memorie van toelichting stelt immers m.b.t. de belangenafweging het volgende: “De uitzonderingen worden alleen ingeroepen als het belang van de openbaarheid niet primeert. Daarmee wordt bedoeld: een met de openbaarmaking gediend openbaar belang. Deze bepaling betekent dus niet dat de private belangen van de aanvrager moeten afgewogen worden tegenover de belangen die met de uitzonderingen beschermd worden. Het gaat om het belang van de gemeenschap: de openbare orde, de veiligheid van de bevolking, grote maatschappelijke issues, globale bescherming van het leefmilieu enzovoort...” (*Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, 1656/1, 56). In voorliggend geval primeert het te beschermen belang boven het toch wel private belang van de beroeper.

De beroepsinstantie wenst hierbij wel nog op te merken dat de definitief opgeleverde studie wél reeds actief openbaar gemaakt is.

Bovendien heeft de beroepsinstantie bij nazicht van de mailwisseling vastgesteld dat diverse mailberichten en bijlagen gaan over ontwerpen van documenten en commentaren op deze ontwerpen. De openbaarmaking van dergelijke bestuursdocumenten kan geweigerd worden op grond van artikel II.33, 2° Bestuursdecreet. Artikel II.33, 2° Bestuursdecreet bepaalt dat, tenzij het belang van de openbaarheid primeert, de overheidsinstanties, vermeld in artikel II.28, §1, een aanvraag mogen afwijzen als de aanvraag betrekking heeft op bestuursdocumenten die niet af of onvolledig zijn. Deze uitzonderingsgrond is van toepassing zowel op de aanvragen van gewone informatie als op die van milieu-informatie.

De memorie van toelichting bij voormelde decretale bepaling van artikel II.33, 2° Bestuursdecreet stelt het volgende: “Het ogenblik waarop een document als “af” kan beschouwd worden, verschilt van document tot document. Zo moet een onderscheid gemaakt worden tussen documenten die worden gemaakt in het kader van een besluitvormingsprocedure en andere documenten. Documenten ter voorbereiding van een besluitvormingsprocedure zijn pas af indien ze een definitieve status hebben verkregen, dit wil zeggen indien ze ondertekend zijn door de persoon die in het kader van deze procedure bevoegd is. Dit betekent geenszins dat er een eindbeslissing in de procedure zou moeten genomen zijn. Ook tussentijdse rapporten, adviezen en nota’s zijn openbaar, nog voor de eindbeslissing is gevallen, voor zover ze definitief af zijn, dit wil zeggen ondertekend door de bevoegde persoon, zelfs al zijn deze documenten vatbaar voor wijziging of herziening ten gevolge van nieuwe factoren en elementen. Andere documenten, die niet kaderen in een besluitvormingsprocedure worden door de opsteller(s) zelf van het document gekwalificeerd als zijnde af of niet af. (...)” (*Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, 1656/1, 56-57).

De beroepsinstantie is van oordeel dat het in casu niet gaat over een formele besluitvormingsprocedure, maar wel om een (studie)opdracht die finaal leidt tot een advies/studie, zodat de kwalificatie die de opsteller(s) zelf aan hun document toekennen een belangrijke indicatie vormt voor de bestuursinstantie of beroepsinstantie om te oordelen of het om een afgewerkt document gaat of niet.

De beroepsinstantie heeft kunnen vaststellen dat bij diverse mailberichten en bijlagen er sprake is van een 'draft'. Hieruit blijkt duidelijk dat het in hoofdte van auteurs niet gaat om (een) afgewerkt(e) document(en), maar om een document dat nog verder moet worden 'herwerkt' ondermeer op basis van de te ontvangen reacties.

De restrictieve interpretatie van bovenvermelde uitzonderingsgrond dient te gebeuren in functie van het openbaar belang dat met de openbaarmaking is gediend. Indien deze uitzondering wordt ingeroepen, moet ook geëvalueerd worden of het openbaar belang toch niet zou gediend zijn met de openbaarmaking, en zo ja, of dit openbaar belang al dan niet doorweegt.

De beroepsinstantie is van mening dat er in casu geen openbaar belang, zoals geduid in de parlementaire voorbereiding – zoals hierboven reeds weergegeven uit *Parl.St.* VI.Parl. 2017-18, 1656/1, 56 - gemoeid is met de openbaarmaking van de betrokken documenten. De beroepsinstantie is van oordeel dat er in casu geen openbaar belang, zoals blijkt uit de parlementaire voorbereiding, voorhanden is dat zwaarder doorweegt. In se speelt immers eerder het eigenbelang van de cliënten van beroeper. De beroepsinstantie is bijgevolg van oordeel dat de uitzonderingsgrond, zoals bepaald in artikel II.33, 2° Bestuursdecreet eveneens van toepassing is.

Daarnaast heeft de beroepsinstantie ook vastgesteld dat er inderdaad, zoals door VEKA aangegeven, in de door de beroepsinstantie ontvangen zipfile/map "communicatie Oxera via mail", diverse mailberichten met de door VEKA/kabinet geraadpleegde advocaten zijn. Zoals hierna wordt uiteengezet onder het tweede onderdeel valt dit mailverkeer in toepassing van artikel II.39, tweede lid van het Bestuursdecreet onder de uitzonderingsgrond zoals bepaald in artikel 6, §2, 2° van de federale wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

b. Tweede onderdeel : de door de Vlaamse overheid uitgevoerde juridische studies en alle e-mails, brieven en notulen in dit verband – communicatie met de door het VEKA geraadpleegde advocatenkantoren

Uit de door VEKA verstrekte toelichting en stukken blijkt dat er diverse externe juridische adviezen werden ingewonnen bij diverse advocatenkantoren en tevens dat er daaromtrent diverse (mail)correspondentie is gevoerd.

De beroepsinstantie kan zich aansluiten bij de door VEKA verstrekte toelichting hieromtrent. De beroepsinstantie wijst er immers op dat artikel II.39, tweede lid Bestuursdecreet bepaalt dat de in het Bestuursdecreet bepaalde uitzonderingen gelden onverminderd of met behoud van de toepassing van 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. In zoverre de gevraagde bestuursdocumenten geen milieu-informatie bevatten, bepaalt artikel 6, §2, 2° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur dat 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, afwijst wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet aan een bij wet ingestelde geheimhoudingsverplichting.

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 rechte of voor een parlementaire onderzoekscommissie getuigenis af te leggen en buiten het geval dat de wet, het decreet of de ordonnantie hen verplicht of toelaat die geheimen bekend te maken” strafrechtelijk zullen worden gesanctioneerd. Voormeld artikel uit het Strafwetboek is zonder enige discussie wel degelijk van toepassing ten aanzien van advocaten en het gaat hier bijgevolg om de wettelijke verankering van het beroepsgeheim van advocaten.

De beroepsinstantie kan hierbij onmogelijk omheen 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 d.d. 15 april 2010. Vooreerst stelt de Raad van State dat artikel 1 van de wet van 11 april 1994 bepaalt dat deze van toepassing is “op de administratieve overheden andere dan de federale administratieve overheden doch slechts in de mate dat deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt”. Daaruit volgt dat deze uitzondering op de openbaarheid van bestuur niet beperkt is tot aanvragen met toepassing van de wet van 11 april 1994 zelf, maar dat zij van toepassing is op alle regelingen inzake de openbaarheid van bestuur

De Raad van State heeft de toepassing van artikel 6, §2, 2° van de wet van 11 april 1994 heel expliciet bijgetreden. Zij heeft in het aangehaalde arrest uitdrukkelijk gesteld dat de geheimhoudingsplicht erop 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. Het beroepsgeheim is er om de vertrouwelijkheid te beschermen en niet omgekeerd.

De beroepsinstantie kan en mag zich dan ook niet afvragen of een overheidsinstantie afbreuk zou doen aan het beroepsgeheim van haar raadsman, en of zij de vertrouwensrelatie met deze zou schenden. De beroepsinstantie dient daarentegen na te gaan of de vertrouwelijkheid, waar een overheidsinstantie kan van genieten in haar overleg met een advocaat, moet wijken voor het beginsel van de openbaarheid van bestuur. De Raad van State heeft daar in vermeld arrest ontkennend op geantwoord.

De beroepsinstantie is eveneens van oordeel dat deze bescherming van het beroepsgeheim niet enkel wordt geboden voor adviezen of documenten die verband houden met een gerechtelijke procedure. De Raad van State heeft gesteld dat de geheimhoudingsplicht erop gericht is om het iedereen mogelijk te maken op de best mogelijke manier bijstand te krijgen van een advocaat. Bijgevolg is de beroepsinstantie van oordeel dat het beroepsgeheim zich ook uitstrekt tot alle informatie en adviezen in de behandeling van een zaak of de persoonlijk juridische positie van een cliënt. De gegevens die de advocaat verneemt tijdens de uitoefening van de wezenlijke activiteiten van zijn beroep, nl. het verdedigen of vertegenwoordigen in rechte van de cliënt en het verlenen van juridisch advies, zelfs buiten elk rechtsgeding, blijven door het beroepsgeheim gedekt en kunnen dus niet ter kennis worden gebracht van overheden of derden (GwH 23 januari 2008, nr. 10/2008; GwH 24 september 2020, nr. 114/2020; GwH 17 december 2020, nr. 167/2020)

Het stelsel van GSC zou kunnen gezien worden als milieu-informatie in die zin dat het beoogt het gebruik van groene energie te bevorderen en dus bijdraagt aan de bescherming van het milieu door met name de broeikasgasemissies te verminderen. Evenwel is de beroepsinstantie van oordeel dat **in casu** de gevraagde informatie geen betrekking heeft op milieu-informatie omdat het meer specifiek gaat om de conformiteit met de Europese staatssteunregels. De gevraagde studie van Oxera zou aantonen dat er sprake is van een systematische en soms substantiële structurele overcompensatie voor referentie-installaties op basis van zonne-energie met een startdatum voor 1 januari 2013, via de toekenning van groenestroomcertificaten. Gelet op het feit dat het systeem inzake certificatensteun onderworpen is aan Europeesrechtelijke staatssteunregels, en conform deze regels lidstaten erop moeten toezien dat steunregelingen geen

aanleiding geven tot ongeoorloofde overcompensatie, wordt thans een bijsturing van het certificatensysteem voorgesteld.

Voormelde adviezen van de advocatenkantoren alsook de correspondentie met de door VEKA geraadpleegde advocatenkantoren mogen bijgevolg om bovenvermelde reden niet aan derden worden vrijgegeven. De beroepsinstantie is bijgevolg van oordeel dat, in toepassing van artikel II.39 tweede lid van het Bestuursdecreet, de door beroeper gevraagde documenten m.b.t. dit onderdeel – documenten onder de map “Juridisch advies raadslieden – BEROEPSGEHEIM” – vallen onder de uitzonderingsgrond zoals bepaald in artikel 6, §2, 2° van de federale wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

Het beroep m.b.t. het tweede onderdeel is bijgevolg **ongegrond**.

c. Derde onderdeel: het wetgevingstechnisch advies nr. 2022/172 van 19 mei 2022.

VEKA stelt dat dit document een intern overheidsadvies via track changes over een ontwerp van regelgevende tekst is en bijgevolg, conform artikel II.33, 2° van het Bestuursdecreet, niet openbaar is omdat het een ontwerpversie betreft van het ontwerpdecreet, en zo inzage kan bieden over wat al dan niet inhoudelijk nog werd gewijzigd tijdens het politieke beleidsproces dat plaatsvond tussen het inwinnen van het advies en de principiële goedkeuring van het ontwerpdecreet door de Vlaamse Regering.

Artikel II.33, 2° van het Bestuursdecreet bepaalt dat een overheidsinstantie een aanvraag tot openbaarheid mag afwijzen, tenzij het belang van de openbaarheid primeert, als de aanvraag betrekking heeft op bestuursdocumenten die niet af of onvolledig zijn.

De beroepsinstantie stelt vast dat het wetgevingstechnisch en taalkundig advies volgens de omzendbrief Wetgevingstechniek VR 2019/4 van 25 oktober 2019 verplicht is voor alle ontwerpen van decreet en van besluit: *“Alle ontwerpen van decreet en ontwerpen van besluit moeten voor wetgevingstechnisch en taalkundig advies worden voorgelegd (juist) vóór ze worden geagendeerd voor de principiële goedkeuring (of direct voor de definitieve goedkeuring voor de teksten die niet eerst principieel moeten worden goedgekeurd) op de Vlaamse Regering. Die verplichting geldt altijd, behalve voor besluiten en decreten die meer dan eens in dezelfde vorm terugkeren. Voorbeelden daarvan zijn: subsidiebesluiten, individueel personeelsbeheer (benoemingen en dergelijke), vaststelling van gewestplannen, goedkeuring van internationale verdragen”*.

Vooreerst moet opgemerkt worden dat er, in tegenstelling tot wat er vroeger was voorzien in het decreet inzake openbaarheid van bestuur van 18 mei 1999, in het huidige Bestuursdecreet geen uitzonderingsgrond fungeert op grond waarvan de openbaarmaking van een welbepaald document zou kunnen worden geweigerd zolang er geen eindbeslissing in het globale dossier is genomen. Echter moet eveneens geconstateerd worden dat de openbaarheidsreglementering ook de nodige waarborgen biedt voor een vlot en evenwichtig verloop van een besluitvormingsproces over beleidsvoornemens: bij de besluitvorming, zeker bij complexe en soms gevoelige materies, is het dikwijls een lange zoektocht op weg naar het bereiken van een consensus en daarbij moet vermeden worden dat het bereiken van dergelijke consensus al te zeer wordt bemoeilijkt of dat politieke discussies volkomen worden lamgelegd. Een dergelijke besluitvorming wordt zeker gehinderd wanneer een instantie bepaalde bestuursdocumenten waaraan nog volop wordt gewerkt, al openbaar zou moeten maken. Het is precies in dat licht dat de uitzonderingsgrond van artikel II.33, 2° in het Bestuursdecreet werd opgenomen, waardoor het besluitvormingsproces op bepaalde ogenblikken moet worden afgeschermd van de openbaarheid;

Het ogenblik waarop een document als “af” kan worden bestempeld kan verschillen van geval tot geval. Daarbij moet een onderscheid worden gemaakt tussen documenten die worden opgesteld in het kader van een formele besluitvormingsprocedure en andere documenten;

In de memorie van toelichting bij voormeld decreetartikel kan het volgende gelezen worden: “*Het ogenblik waarop een document als “af” kan beschouwd worden verschilt van document tot document. Zo moet een onderscheid gemaakt worden tussen documenten die worden gemaakt in het kader van een besluitvormingsprocedure en andere documenten. Documenten ter voorbereiding van een besluitvormingsprocedure zijn pas af indien ze een definitieve status hebben verkregen, dit wil zeggen indien ze ondertekend zijn door de persoon die in het kader van deze procedure bevoegd is. Dit betekent geenszins dat er een eindbeslissing in de procedure zou moeten genomen zijn. Ook tussentijdse rapporten, adviezen en nota’s zijn openbaar, nog voor de eindbeslissing is gevallen, voor zover ze definitief af zijn, dit wil zeggen ondertekend door de bevoegde persoon, zelfs al zijn deze documenten vatbaar voor wijziging of herziening ten gevolge van nieuwe factoren en elementen.*” (Parl.St. VI.Parl. 2017-18, 1656/1, 56-57)

De beroepsinstantie stelt vast dat het gevraagde document kadert binnen een officiële besluitvormingsprocedure, nl. de procedure tot opmaak van een (ontwerp van) decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009, wat betreft het stelsel van de groenestroomcertificaten.

Documenten die worden opgemaakt in het kader van een besluitvormingsprocedure zijn pas af indien ze een definitieve status hebben verkregen. De beroepsinstantie is van oordeel is dat het gevraagde advies een formeel vastgesteld, gedateerd en aan de bevoegde minister overgemaakt bestuursdocument is en om die reden een definitieve status heeft verkregen en als een voltooid bestuursdocument moet worden beschouwd. Bijgevolg is de beroepsinstantie van oordeel dat in casu geen toepassing kan gemaakt worden van artikel II.33, 2° Bestuursdecreet.

De beroepsinstantie ziet ook geen andere uitzonderingsgronden die zich in casu verzetten tegen de openbaarmaking van het gevraagde advies. Het beroep is, wat dit derde onderdeel betreft bijgevolg, **gegrond**.

d. Vierde onderdeel: “alle e-mails, brieven en notulen die betrekking hebben op de aangekondigde plannen tussen de Vlaamse overheid en, enerzijds, de andere Belgische overheden en, anderzijds, de Staatssteuncel van DG COMP van de Europese Commissie, inclusief wat betreft diens nieuwe Richtsnoeren staatsteun ten behoeve van klimaat, milieubescherming en energie (de nieuwe CEEAG) en in voorkomend geval de procedure van de dienstige maatregelen zoals voorzien in paragraaf 468(a) van de nieuwe CEEAG.”

Na navraag door de beroepsinstantie heeft VEKA in haar bijkomende toelichting d.d. 8 november 2022 aangegeven dat er vanuit VEKA geen communicatie geweest is met andere Belgische overheden.

Artikel I.4, 3° van het Bestuursdecreet definieert een bestuursdocument als “alle informatie, ongeacht de drager ervan, die in het bezit is van een overheidsinstantie”. Aangezien er vanuit VEKA geen communicatie is geweest met andere Belgische overheden, kan er daarvan ook geen afschrift verleend worden. Bijgevolg dient het beroep hiervoor als **ongegrond** te worden beschouwd.

M.b.t. de Climate, Energy and Environmental State aid Guidelines (“CEEAG”) - Staatssteun: klimaat-, energie- en milieurichtsnoeren – mocht de beroepsinstantie vanwege VEKA bij toelichting d.d. 8/11/22 het volgende ontvangen: “Conform randnummer 468 van de CEEAG stelt de EC lidstaten de volgende dienstige maatregelen voor op grond van artikel 108, lid 1, van het Verdrag: a) lidstaten wijzigen, waar nodig, bestaande steunregelingen ten behoeve van milieubescherming en energie tegen uiterlijk 31 december 2023

om die met deze richtsnoeren in overeenstemming te brengen; b) lidstaten delen binnen twee maanden na de datum van bekendmaking van deze richtsnoeren in het Publicatieblad van de EU hun uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke instemming met de in punt 468, a), voorgestelde dienstige maatregelen mee. Zonder een antwoord van de betrokken lidstaat zal de EC aannemen dat deze niet met de voorgestelde maatregelen instemt. Dat laatste betekent dat [sic] dat de EC een onderzoek kan opstarten en specifieke dienstige maatregelen kan nemen. België (federaal) heeft echter conform randnummer 468(b) CEEAG, op 15 februari 2022 namens het Koninkrijk België haar uitdrukkelijke en onvoorwaardelijke instemming met de in randnummer 468(a) van de CEEAG voorgestelde dienstige maatregel aan de EC meegedeeld. Door die aanvaarding is België, inclusief VL, gebonden aan de verplichtingen uit 468,a en moet België, inclusief VL, zelf de nodige aanpassingen aan haar steunregelgeving doorvoeren, en start de EC niet zelf direct een onderzoek op”.

Op grond van de informatie die door VEKA werd bezorgd aan de beroepsinstantie, meer bepaald in de map “contact DG COMP”, is de beroepsinstantie van oordeel dat, met verwijzing naar de uitzonderingsgrond, vermeld in artikel II.35, 2° van het Bestuursdecreet, het gevraagde – communicatie met de Europese Commissie - niet openbaar kan gemaakt worden. Voormeld artikel bepaalt, m.b.t. niet-milieu-informatie, dat de overheidsinstanties, vermeld in artikel II.28, §1, de aanvraag tot openbaarmaking afwijzen als ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijke karakter van de internationale betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap en van de betrekkingen van het Vlaamse Gewest of de Vlaamse Gemeenschap met de supranationale instellingen, met de federale overheid en met andere gemeenschappen en gewesten. Het vertrouwelijke karakter van de betrekkingen van het Vlaamse Gewest met de supranationale instellingen – in casu de Europese Commissie - zou in casu in het gedrang komen door de openbaarmaking van de gevraagde documenten.

De beroepsinstantie wijst erop dat in de memorie van toelichting bij het Bestuursdecreet expliciet wordt vermeld dat deze uitzonderingsgrond ook geldt in de betrekkingen met de Commissie: *“Er wordt uitdrukkelijk ook voorzien dat deze uitzondering eveneens kan ingeroepen worden in betrekkingen met supranationale instellingen (Europese Raad, Parlement en Commissie).”* (Parl.St. VI.Parl. 2017-18, 1656/1, 62). Uit de toelichting van VEKA blijkt dat het gevraagde deel uitmaakt van een lopend dossier waarover heden intensieve actieve contacten en onderhandelingen lopen met de Europese Commissie, waarbij dergelijke onderhandelingen heel sensitief en vertrouwelijk van aard zijn.

De beroepsinstantie is van mening dat er in casu geen hoger openbaar belang, zoals geduid in de parlementaire voorbereiding, gemoeid is met de openbaarmaking van het gevraagde. De memorie van toelichting stelt immers m.b.t. de belangenafweging het volgende: “De uitzonderingen worden alleen ingeroepen als het belang van de openbaarheid niet primeert. Daarmee wordt bedoeld: een met de openbaarmaking gediend openbaar belang. Deze bepaling betekent dus niet dat de private belangen van de aanvrager moeten afgewogen worden tegenover de belangen die met de uitzonderingen beschermd worden. Het gaat om het belang van de gemeenschap: de openbare orde, de veiligheid van de bevolking, grote maatschappelijke issues, globale bescherming van het leefmilieu enzovoort..” (Parl.St. VI.Parl. 2017-18, 1656/1, 56). In voorliggend geval primeert dan ook de bescherming van de vertrouwelijkheid van de betrekkingen met de Europese Commissie.

Bijgevolg is het beroep, m.b.t. dit vierde onderdeel, **ongegrond**.

De beroepsinstantie moet, na nazicht, evenwel vaststellen dat, in tegenstelling tot wat de toelichting door VEKA laat uitschijnen, deze map “contact DG COMP”, geen correspondentie vanuit de advocaten van het Vlaamse Gewest bevat.

e. Vijfde onderdeel: de door de VREG bezorgde elektronische documenten opgenomen in de map "communicatie VREG– BEROEPSGEHEIM"

Uit de toelichting van VEKA blijkt dat, op basis van een partnerschapsovereenkomst d.d. 28 februari 2008 (cfr. artikel 3.1.4, §2, 8° Energiedecreet) VEKA bij brief d.d. 16/02/2022 aan de VREG heeft gevraagd om over te gaan tot uitwisseling van (vertrouwelijke) gegevens tussen de VREG en het VEKA. Volgens VEKA worden die gegevens dan ook in hoofde van het VEKA vertrouwelijk en niet openbaar.

VEKA verwijst ook naar artikel 3.1.12 van het Energiedecreet dat stelt dat "de bestuurders, de algemeen directeur en de personeelsleden van de VREG zijn gebonden door het beroepsgeheim. Zij mogen de vertrouwelijke gegevens die hun ter kennis komen op grond van hun functie bij de VREG aan niemand bekendmaken, behalve wanneer zij worden opgeroepen om in rechte te getuigen of in het kader van de uitwisseling van gegevens met de regulatoren en instanties die werkzaam zijn binnen de Vlaamse, Belgische en Europese elektriciteits- en aardgasmarkt of met regulatoren binnen andere netwerksectoren, voor zover die gegevensuitwisseling nadrukkelijk bepaald of toegestaan is in verordeningen of richtlijnen die de instellingen van de Europese Unie hebben vastgesteld, of als met die instanties een overeenkomst is gesloten, als vermeld in artikel 3.1.4, § 2, 8°". Het beroepsgeheim van de VREG wordt conform artikel 13.2.2 van het Energiedecreet strafrechtelijk beteugeld: "Elke overtreding van het beroepsgeheim, zoals vermeld in de artikelen 3.1.12, 4.1.11 en 4.6.7, wordt gestraft met de straffen die bepaald zijn in artikel 458 van het Strafwetboek."

VEKA geeft in haar bijkomende toelichting d.d. 08/11/22 aan de beroepsinstantie mee dat *"Om die reden bepaald artikel 2.3 van de partnerschapsovereenkomst VREG-VEA uit 2008 (gelijkluidende bepalingen als art. 3.1.12 waren immers in het Elektriciteitsdecreet opgenomen) expliciet dat de partij die de vertrouwelijke gegevens ontvangt het vertrouwelijke karakter ervan dient te respecteren. Dit werd in het kader van de gegevensopvraging in 2022 expliciet herbevestigd."*

VEKA beroept zich voor de weigering van deze bestuursdocumenten op de uitzonderingsgrond zoals bepaald in artikel II.34, 6° Bestuursdecreet om deze informatie niet openbaar te maken. Dit artikel bepaalt dat een instantie een aanvraag tot openbaarmaking, voor niet-milieu-informatie, dient af te wijzen als het gaat om bestuursdocumenten die informatie bevatten die door een derde werd verstrekt zonder dat hij daartoe verplicht werd en die hij uitdrukkelijk als vertrouwelijk heeft bestempeld, tenzij die derde met de openbaarmaking instemt.

Artikel II.36, §1, tweede lid, 5° van het Bestuursdecreet is identiek geformuleerd behoudens de omstandigheid dat het gaat om een relatieve uitzonderingsgrond. Uit een letterlijke lezing van deze bepaling blijkt dat deze uitzonderingsgrond slechts kan worden ingeroepen, voor zover voldaan is aan twee cumulatieve voorwaarden: ten eerste moet het gaan om informatie die een derde vrijwillig heeft verstrekt aan de overheid, zonder dat hij daartoe wettelijk, decretaal of anderszins verplicht was, en ten tweede moet die derde die vrijwillig meegedeelde informatie uitdrukkelijk als vertrouwelijk hebben bestempeld. Dat het om een cumulatieve voorwaarde gaat, blijkt voldoende uit het gebruik in voormelde bepalingen van het woord "en".

De beroepsinstantie is van oordeel dat in casu aan beide voorwaarden voldaan is. Niettegenstaande de beroepsinstantie de onderliggende gegevens bij de communicatie niet mocht ontvangen, blijkt wel degelijk uit het dossier dat alle informatie vertrouwelijk aan VEKA werd bezorgd. De beroepsinstantie is in casu tevens van oordeel dat de VREG deze gegevens vrijwillig aan VEKA heeft bezorgd. De beroepsinstantie is immers van oordeel dat, ook al is er een partnerschapsovereenkomst d.d. 28/02/2008, eveneens uit de bewoordingen van deze overeenkomst blijkt dat de VREG niet verplicht is om de door VEKA gevraagde informatie te verlenen aan VEKA.

M.b.t. de betrokken bestuursdocumenten is de beroepsinstantie van oordeel dat in casu het openbare belang van de openbaarmaking niet opweegt tegenover het belang van de bescherming van vertrouwelijke - vrijwillig meegedeeld - informatie. Er speelt hier immers eerder een privébelang.

Voormelde bepalingen van het Bestuursdecreet laten echter wel de mogelijkheid dat dergelijke informatie toch openbaar worden gemaakt, mits toestemming van de VREG. In de gegeven omstandigheden – beroepsgeheim, inhoud van de partnerschapsovereenkomst, expliciete bevestiging van VEKA aan VREG tot respect van het vertrouwelijk karakter - acht de beroepsinstantie dit verzoek echter niet noodzakelijk.

Bijgevolg is het beroep m.b.t. dit vijfde onderdeel op grond van bovenvermelde overwegingen **ongegrond**.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van ■■■ d.d. 27 september 2022 tegen de ontstentenis van beslissing vanwege het kabinet van minister Demir en van het Vlaams Energie- en Klimaatagentschap op hun verzoek d.d. 2 september 2022 is ontvankelijk en deels zonder voorwerp, deels ongegrond en deels gegrond.

Bijgevolg dient door VEKA een afschrift verstrekt te worden van:

- het bestek van de overheidsopdracht dat aanleiding gaf tot het aanstellen van Oxera, het gunningsverslag van 14 maart 2022 en de volgende mailberichten van 22 februari 2022 (20:00), 22 februari 2022 (22:13), 1 maart 2022 (11:14), 3 maart 2022 (12:12), 3 maart 2022 (20:57), 4 maart 2022 (9:11), 4 maart 2022 (11:26), 4 maart 2022 (16:27), 10 maart 2022 (14:18), 10 maart 2022 (15:00), 10 maart 2022 (15:32) en 14 maart 2022 (15:27) en van 22 februari 2022 om 20.04 en 20.02u;
- de offerte van Oxera;
- het wetgevingstechnisch advies nr. 2022/172 van 19 mei 2022.

Geen toestemming tot hergebruik van bestuursdocumenten

In zoverre dit beroep geheel of gedeeltelijk gegrond werd verklaard, geldt dat deze inwilliging van de aanvraag tot openbaarmaking GEEN toestemming inhoudt om het/de gevraagde bestuursdocument(en) te hergebruiken, als vermeld in titel II, hoofdstuk 4 van het Bestuursdecreet van 7 december 2018.

Brussel, 10 november 2022

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter