

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/2022/290

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

Op 1 augustus 2022 diende ■■■ (hierna vermeld als: verzoeker), een verzoek in bij Fluvius en bij de leden van de groep Fluvius (opdrachthoudende verenigingen) tot het verkrijgen van een afschrift van alle beslissingen van de bestuursorganen van Fluvius en van de leden van de groep Fluvius (de opdrachthoudende verenigingen) met betrekking tot de transactie van Fluvius en Telenet (aanleggen en uitbaten van een hybride glasvezel-coax netwerkinfrastructuur in Vlaanderen), waaronder:

- alle formele beslissingen van voormelde bestuursorganen voorafgaand aan de totstandkoming van de transactie tussen Fluvius en Telenet, zoals de beslissingen om informele gesprekken met Proximus en Telenet op te starten, de beslissing om een aankondiging te publiceren, de beslissing om exclusief met Telenet te onderhandelen, de beslissing om een niet-bindende overeenkomst met Telenet te sluiten en enige andere beslissing die Fluvius niet bekend heeft gemaakt.
- alle formele beslissingen van Fluvius en van haar leden om de overeenkomst tussen Fluvius en Telenet aan te gaan;
- de overeenkomst(en) tussen Fluvius en Telenet (desnoods in niet-vertrouwelijke versie).

Op 9 september 2022 werd voormeld openbaarheidsverzoek afgewezen door Fluvius en de leden van de groep Fluvius.

Met een mail d.d. 29 september 2022 heeft verzoeker beroep ingesteld tegen de voormelde weigeringsbeslissingen van Fluvius en de leden van de groep Fluvius d.d. 9 september 2022. Het beroepschrift werd op 3 oktober 2022 geregistreerd.

Ontvankelijkheid van het beroep

Een beroep kan maar op ontvankelijke wijze bij de beroepsinstantie aanhangig worden gemaakt, voor zover het is gericht tegen een beslissing van een overheidsinstantie, bedoeld in artikel II.28 van het Bestuursdecreet.

In voormeld artikel II.28, §1, eerste lid van het Bestuursdecreet wordt het toepassingsgebied van het hoofdstuk "Toegang tot bestuursdocumenten" als volgt gedefinieerd:

"§ 1. Dit hoofdstuk is van toepassing op de volgende overheidsinstanties:

1° de Vlaamse overheid;

2° de lokale overheden;

3° de instellingen met een publieke taak, wat hun publieke taak betreft;

4° de milieu-instanties wat hun milieuverantwoordelijkheden, -functies of -diensten betreft."

De beroepsinstantie wijst erop dat luidens artikel II.28, §1, 3° van het Bestuursdecreet, Titel II, Hoofdstuk 3 ervan slechts van toepassing is op "de instellingen met een publieke taak, wat hun publieke taak betreft".

Een instelling met een publieke taak wordt gedefinieerd in artikel I.3, 6° van het Bestuursdecreet als:

"Instellingen die niet behoren tot de Vlaamse overheid of tot een lokale overheid maar die voldoen aan al de volgende kenmerken:

- a) ze zijn opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
- b) ze bezitten rechtspersoonlijkheid;
- c) 1) ofwel worden ze voor meer dan de helft gefinancierd door de Vlaamse overheid, een lokale overheid of een andere instelling met een publieke taak;
- 2) ofwel hebben de Vlaamse overheid, een lokale overheid of een andere instelling met een publieke taak meer dan de helft van de stemmen in de raad van bestuur;
- 3) ofwel staat hun beheer onder toezicht van de Vlaamse overheid, een lokale overheid of een andere instelling met een publieke taak."

Fluvius is te beschouwen als een instelling met een publieke taak, in de zin van voormeld artikel I.3, 6° Bestuursdecreet. Dit houdt bijgevolg in dat ze enkel zijn gevat door de bepalingen van Titel II, Hoofdstuk 3 uit het Bestuursdecreet (de bepalingen die betrekking hebben op de passieve openbaarheid van bestuur), voor wat betreft hun publieke taken, conform voormelde bepaling in artikel II.28, §1, 3° Bestuursdecreet.

In de memorie van toelichting bij het Bestuursdecreet (*Parl.St.* VI.Parl. 2017-2018, nr. 1656/1, blz. 26) wordt dit ook expliciet aangegeven : *"Het spreekt vanzelf dat de definitie van het begrip bestuursdocument niet tot gevolg heeft dat alle documenten die in het bezit zijn van een personeelslid van een overheidsinstantie als bestuursdocumenten moeten beschouwd worden: documenten die niets te maken hebben met de publieke taak van de overheidsinstanties vallen er uiteraard niet onder: privédocumenten van personeelsleden, documenten van instanties die naast een publieke taak ook andere activiteiten ontplooiën die niet beogen te voorzien in een behoefte van algemeen belang, maar bijvoorbeeld een zuiver commercieel karakter hebben, worden alleen als bestuursdocumenten beschouwd in de mate dat ze betrekking hebben op die publieke taak."*

Hoewel Fluvius in beginsel wordt beschouwd als een instelling met een publieke taak, is de beroepsinstantie de mening toegedaan dat dit enkel het geval is voor wat betreft haar publieke taken, haar kerntaken, zijnde de gereguleerde activiteiten voor de distributie van gas en elektriciteit. Het huidige openbaarheidsverzoek heeft evenwel uitsluitend betrekking op bestuursdocumenten die verband houden met de niet-gereguleerde glasvezelactiviteit, hetgeen een activiteit vormt binnen Fluvius met een zuiver commercieel karakter. Gelet

op het feit dat de in casu opgevraagde bestuursdocumenten derhalve geen betrekking hebben op de publieke taak van Fluvius (d.i. de distributie van gas en elektriciteit), stelt de beroepsinstantie vast dat de openbaarheidsregeling, zoals geregeld in Titel II, Hoofdstuk 3 van het Bestuursdecreet, in deze context met betrekking tot het NetCo-project dat Fluvius met Telenet (i.e. een private marktpartij) wenst te realiseren, niet van toepassing is op Fluvius. Fluvius handelt voor de beoogde glasvezelactiviteiten immers niet binnen haar publieke kerntaken, wat nochtans een wezenlijke voorwaarde is voor de toepasselijkheid van de regeling inzake openbaarheid van bestuur zoals opgenomen in het Bestuursdecreet.

De beroepsinstantie wijst er in dit verband op dat er geen enkele wettelijke noch decretale norm voorhanden is die het uitrollen van een glasvezelnetwerk in Vlaanderen (waar alle in casu gevraagde bestuursdocumenten mee verband houden) als een publieke taak aan Fluvius oplegt, noch de glasvezelactiviteit van Fluvius aanmerkt als een wettelijke activiteit in het kader van het algemeen belang. Hoewel het begrip “publieke taak” niet afzonderlijk wordt gedefinieerd in het Bestuursdecreet, blijkt uit de repliek op het advies van de Raad van State op het voorontwerp, zoals vervat in de memorie van toelichting van het Bestuursdecreet, dat het begrip als volgt moet worden begrepen: *“het is de specifieke taak waarvoor een instantie werd opgericht en die taak bestaat uit het voorzien in een specifieke behoefte van algemeen belang.”* (Parl.St. VI.Parl. 2017-2018, nr. 1656/1, blz. 324). Dat het voorgaande in hoofde van Fluvius betrekking heeft op diens geregleerde activiteiten inzake de distributie van gas en elektriciteit (i.e. de zgn. “kerntaken”), en dus niet op zijn glasvezelactiviteit in het kader van het akkoord tussen Fluvius en Telenet, behoeft weinig betoog.

De beroepsinstantie verwijst in dat verband als argumentatie ook naar een advies van de VREG van 27 november 2020 met betrekking tot het voorontwerp van decreet tot wijziging van het Energiedecreet van 8 mei 2009 tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn (EU) 2018/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen en tot omzetting van richtlijn (EU) 2019/944 van het Europees Parlement en de Raad van 5 juni 2019 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot wijziging van Richtlijn 2012/27/EU. In voormeld advies wordt expliciet bevestigd vanuit de VREG dat de glasvezelactiviteit niet binnen de kerntaken van Fluvius valt en aldus geen publieke taak uitmaakt, aangezien in dat advies uitdrukkelijk ook het voormeld onderscheid wordt gemaakt tussen de publieke “kerntaken” van Fluvius enerzijds, en de “andere activiteiten” van Fluvius, waaronder “de aanleg en het beheer van glasvezelnetwerk”, anderzijds: *“De VREG merkt op dat de distributienetbeheerders en/of Fluvius, naast hun kerntaken inzake het beheer van elektriciteits- en aardgasdistributienetten en het databeheer (en de bijhorende openbaredienstverplichtingen), op dit moment onder meer volgende andere activiteiten en activiteiten op andere netten, op zich nemen:*

- [...]
- De aanleg en het beheer van glasvezelnetwerk (internet, televisie); dit betreft het project “fiber to the home” of “FTTH”13 van Fluvius”.

In het Energiedecreet van 8 mei 2009 wordt in Titel IV, Hoofdstuk I, Afdeling VIII, dat handelt over de openbaredienstverplichtingen die worden opgelegd aan de netbeheerders, tevens enkel gesproken over het uitbaten van elektriciteits- en aardgasnetten en de exploitatie van openbare verlichting en nergens wordt er melding gemaakt van glasvezelactiviteiten. In dat verband is er in artikel 1.1.3, 90° in datzelfde Energiedecreet een definitie terug te vinden van “netbeheerder”: “een elektriciteitsdistributienetbeheerder, een aardgasdistributienetbeheerder of de beheerder van het plaatselijk vervoernet van elektriciteit”. Ook daar is nergens sprake van commerciële glasvezelactiviteiten. De activiteiten (inzonderheid de openbaredienstverplichtingen) die het Energiedecreet reguleert en waarvoor een netbeheerder (en zijn werkmaatschappij Fluvius) worden aangesteld hebben louter betrekking op elektriciteit en aardgas, en dus geenszins op commerciële glasvezelactiviteiten.

Bovendien kan ook uit de informatie op de website van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie ("BIPT") inzake glasvezel worden afgeleid dat elke erkende operator bij het BIPT in beginsel kan voorzien in de uitbouw c.q. uitrol van een eigen glasvezelnetwerk en inzake de toegang tot deze glasvezel kan voorzien in een commercieel wholesaleaanbod. Het BIPT vermeldt voorts dat enkel het aanbod van Proximus (als significante marktspeeler) wordt gereguleerd en verplicht dient te worden opengesteld voor andere operatoren. Hieruit blijkt andermaal dat Fluvius in deze niet is opgetreden in het kader van een "publieke taak", nu ook andere (private) bedrijven met de uitrol van glasvezel op de Belgische markt bezig zijn. De distributienetbeheerders hebben de mogelijkheid om als erkende operator over te gaan tot de uitbouw c.q. de aanleg van een glasvezelnetwerk, net zoals de overige erkende doch privatieve operatoren (zoals o.a. Proximus). Dergelijke commercialisering van de markt in kwestie bewijst andermaal dat het in casu geen publieke taak van Fluvius betreft.

De beroepsinstantie verwijst tenslotte ook nog naar het arrest nr. 254.340 van de Raad van State van 25 augustus 2022, waarin uitdrukkelijk door de Raad van State werd bevestigd dat het project (aanleggen en uitbaten van een hybride glasvezel-coax netwerkinfrastructuur in Vlaanderen) betrekking heeft op een commerciële handeling (d.i. de oprichting van, c.q. de inbreng in, de joint venture NetCo), nu uitdrukkelijk werd geoordeeld dat het project buiten het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering valt en evenmin een concessie uitmaakt in de zin van de Concessiewet van 17 juni 2016. Hieruit volgt dat Fluvius in het kader van zijn transactie met Telenet rond het aanleggen en uitbaten van een hybride glasvezel-coax netwerkinfrastructuur in Vlaanderen niet binnen haar publieke taken handelde, maar dit louter een commerciële private activiteit betreft binnen Fluvius.

Om voormelde redenen kan de beroepsinstantie dan ook enkel maar vaststellen dat de in casu opgevraagde bestuursdocumenten geen verband houden met de publieke taken binnen Fluvius en dat Fluvius op dit vlak derhalve niet is gevat door de bepalingen van Titel II, Hoofdstuk3 van het Bestuursdecreet, waarin de regels inzake openbaarheid van bestuur worden opgelegd.

Het ingestelde beroep wordt om voormelde redenen als **onontvankelijk** beschouwd.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepsschrift van ■■■ d.d. 29 september 2022 tegen de weigeringsbeslissingen van Fluvius en de leden van de groep Fluvius d.d. 9 september 2022 wordt als onontvankelijk beschouwd.

Brussel, 28 oktober 2022

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter