



# Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

*Afdeling openbaarheid van bestuur*

2 september 2013

ADVIES 2013-33

met betrekking tot de documenten die betrekking hebben op de kredietverlening van baggerwerken in Rusland

(CTB/2013/66)

## 1. Een overzicht

1.1. Bij mail van 28 juli 2013 vraagt de heer X, namens Greenpeace aan de Nationale Delcrederedienst op grond van de wet van 11 april 1994 toegang tot :

- de verslagen van de Raad van Bestuur van de Nationale Delcrederedienst met betrekking tot het dossier m.b.t. de polisaanvraag van Jan De Nul voor activiteiten in Sabetta;
- de volledige polisaanvraag van Jan De Nul met betrekking tot genoemd dossier;
- de afgegeven polis aan Jan De Nul met betrekking tot genoemd dossier.

Verder vraagt hij op grond van de wet van 5 augustus 2006 toegang tot:

- de beslissing van de Raad van bestuur van de Nationale Delcrederedienst met betrekking tot de milieu-elementen in de aanvraag van Jan De Nul voor haar activiteiten te Sabetta;
- de milieu-elementen met betrekking tot dit dossier, zoals opgenomen in de verslagen van de vergaderingen van de Raad van Bestuur, van 15 april 2013, 21 mei 2013 en 18 juni 2013;
- de milieu-elementen in de polisaanvraag van Jan De Nul met betrekking tot dit project;
- de milieu-elementen in de afgegeven polis met betrekking tot genoemd project.

1.2. Bij aangetekende brief van 23 juli 2013 weigert de Nationale Delcrederedienst de toegang tot de gevraagde documenten/informatie. De Nationale Delcrederedienst roept daartoe volgende motieven in :

1. In de eerste plaats is ze van oordeel dat ze in het kader van de besluitvorming over het betrokken project niet onderworpen is aan de wet van 5 augustus 2006 betreffende de toegang van het publiek tot milieu-informatie en aan de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.
2. In de tweede plaats merkt ze op dat er geen verplichting bestaat in hoofde van de ONDD om bepaalde documenten op te stellen die op dit ogenblik niet bestaan of waarover ONDD niet beschikt (zoals bv. De communicatie met de betrokken voogdijministers). In de mate het verzoek op deze 'documenten' betrekking zou hebben », is de vraag zonder voorwerp.
3. Voor zover de wet van 11 april 1994 van toepassing zou zijn, roept de ONDD volgende uitzonderingsgronden in:

- a. De openbaarmaking van de documenten die worden opgevraagd, “zou een grote negatieve weerslag hebben op het geheim karakter van de beraadslagingen van de federale Regering en van de ONDD” (art. 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994). “De informatie maakt integraal deel uit van de beraadslagingen en de hiermee inherent verbonden voorbereiding in de schoot van de federale Regering en de Raad van Bestuur in de ONDD. Voorafgaande besprekingen en documenten opgemaakt met het oog op het adviseren tot het nemen van een beslissing door een (voogdij)minister en de Raad van Bestuur van ONDD waarin diverse politieke, maatschappelijke, economische en financiële belangen worden afgewogen, zijn geheim (...)”.
- b. De kwestie heeft niet enkel op het Noordpoolgebied betrekking “maar ook over de internationale betrekkingen met Rusland en andere noordelijke landen, de concurrentiepositie van Europa, economische groei voor België, strategische positie van België als lidstaat van de Europese Unie, werkgelegenheid, ed.. Als deze informatie zou moeten worden vrijgegeven, wordt elke besluitvorming en het bijhorende debat, waarbij de bovenstaande belangen worden afgewogen, tussen de leden van de Raad van Bestuur en/of de bevoegde voogdijministers onmogelijk gemaakt”.
- c. De aanvrager maakt “op geen enkele manier duidelijk welk belang in casus in het gedrang is. In die omstandigheden kan het belang van de door de aanvrager gewenste openbaarheid in elk geval niet laten primeren op het geheim karakter van de beraadslagingen van de federale Regering en van de ONDD”.
- d. De informatie kan niet worden vrijgegeven gelet op de vertrouwelijke aard van ondernemingsgegevens in de zin van artikel 6, § 1, 7° van de wet van 11 april 1994. “Jan De Nul heeft als succesvolle ‘tenderee’ van het project in Rusland immers kosten en tijd geïnvesteerd in dit project. Een deel van deze kosten en tijd bestaat uit het succesvol doorlopen van een aanvraag voor een verzekeringspolis bij ONDD waarin ook details staan van de tender. Als concurrenten van Jan De Nul kennis zouden krijgen van

specifieke voorwaarden, zouden zij een concurrentieel voordeel bekomen daar zij hiervoor geen tijd en kosten zouden oplopen om deze informatie te bekomen (free-riding). Daarenboven staat in het betreffende document vertrouwelijke informatie zoals de kostprijs, de duurtijd en de omvang van het project en de verzekering. Als concurrenten dergelijke informatie zouden bekomen, krijgen zij zich op een belangrijk project van Jan de Nul en wordt de concurrentiekracht van Jan De Nul aangetast.

De confidentialiteit van de gegevens die aan ONDD ter analyse van het risico worden toevertrouwd is dan ook een hoeksteen van het functioneren van het systeem van verzekering van de politieke en economische risico's die verbonden zijn aan grensoverschrijdende commerciële transacties. In dit verband merkt de ONDD op dat de confidentialiteit bij elke overeenkomst uitdrukkelijk wordt benadrukt door het stelselmatig sluiten van 'confidentiality agreements' met (potentieel) verzekerden en middels expliciete bedinging in de polisvoorwaarden".

Ze merkt ook op dat "de bescherming van die bedrijfsgeheimen van een belangrijke Belgische onderneming en de confidentiële relatie met haar kredietverzekeraar weegt duidelijk op tegen een eventuele bezorgdheid over het milieu die als verantwoording voor de openbaarmaking wordt aangehaald, en die niet verder is onderbouwd".

- e. Verder roept ONDD artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994 in om de aanvraag af te wijzen omdat de openbaarmaking van documenten niet opweegt tegen de door ONDD te beschermen vertrouwelijk karakter van de federale internationale betrekkingen van België omwille van de politiek vertrouwelijke informatie die is vervat in de gevraagde documenten. Informatie inzake kredietverzekering gegarandeerd door de Belgische staat houdt verband "met de Belgische internationale betrekkingen en het zonder meer vrijgegeven van deze in vertrouwen meegedeelde informatie, zal leiden tot vragen van de betrokken landen waarop de transactie betrekking heeft. Daarenboven staan de (handels)relaties met andere Noordelijke staten op het spel en de strategische positie

van de Europese Unie. De internationale betrekkingen met Rusland zijn bijzonder belangrijk voor België en de Europese Unie. Het gaat niet op om documenten vrij te geven die deze betrekkingen in het gevaar zouden kunnen brengen op grond van (milieu-)overwegingen die niet worden onderbouwd”.

- f. Tenslotte meent de ONDD dat het niet “onderbouwd belang van openbaarmaking niet opweegt tegen de door de ONDD te beschermen federale economische en financiële belangen (artikel 6, § 1, 6°). De documenten bevatten informatie over de internationale betrekkingen met Rusland en andere noordelijke landen, de concurrentiepositie van Europa, economische groei voor België, de strategische positie van België als lidstaat van de Europese Unie, werkgelegenheid, e.d.m. De openbaarmaking kan ertoe leiden dat kredietverzekering die wordt verstrekt door ONDD om Belgische economische belangen te beschermen en de groei (alsook de competitiviteit) van Belgische bedrijven op internationaal niveau te bevorderen, belemmerd wordt”.
4. Voor zover de wet van 5 augustus 2006 van toepassing zou zijn, roept de ONDD volgende uitzonderingsgronden in:
    - a. De uitzonderingsgrond vervat in artikel 27, § 1, 3° van de wet van 5 augustus 2006 die de bescherming beoogt van het vertrouwelijk karakter van de federale internationale betrekkingen van België en van de betrekkingen van België met de supranationale instellingen en van de betrekkingen van de federale overheid met de gemeenschappen en gewesten. Voor de motivering verwijst de ONDD naar de argumentatie die ze heeft ontwikkeld met betrekking tot artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994. Aanvullend wijst ze erop dat “de Raad van Bestuur niet enkel uit afgevaardigden van de Federale overheid bestaat, maar eveneens uit afgevaardigden van de Vlaamse Regering, de Waalse Gewestregering en de Regering van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest. De afspraken die binnen de Raad worden gemaakt zijn dan ook eveneens een afweging van belangen tussen de diverse gewesten. Als de besprekingen en de communicatie naar en tussen de leden van de Raad van Bestuur zou moeten

worden openbaar gemaakt, worden de leden belemmerd om correcte belangenafwegingen te kunnen maken. Verzekerde projecten voor het ene Gewest leveren voor het ene Gewest meer voor- of nadelen op dan voor het andere. Elke openbaarmaking kan het huidige evenwicht verstoren en een sereen debat tussen de afgevaardigden onmogelijk maken”.

- b. Verder wijst ONDD op artikel 27, § 1, 6° van de wet van 5 augustus 2006 op grond waarvan de openbaarmaking van documenten duidelijk niet opweegt tegen het door ONDD te beschermen geheim karakter van de beraadslagingen van de federale regering en van de ONDD. ONDD verwijst hierbij naar de argumentatie die ze heeft uitgewerkt m.b.t. het inroepen van artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994.
- c. Tenslotte roept de ONDD artikel 27, § 1, 7° van de wet van 5 augustus 2006 in en verwijst daarbij integraal naar de argumentatie ingeroepen voor artikel 6, § 1, 7° van de wet van 11 april 1994.

1.3. Bij mail van 28 juni 2013 dient de heer X een verzoek tot heroverweging in bij de Nationale Delcrederedienst. Tegelijkertijd verzoekt hij de Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten, afdeling openbaarheid van bestuur, hierna Commissie genoemd, om hierover een advies uit te brengen.

## **2. De ontvankelijkheid van de adviesaanvraag**

De Commissie stelt vast dat de adviesaanvraag ontvankelijk is. Artikel 8, § 2 van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur bepaalt dat de aanvrager tegelijkertijd een verzoek tot heroverweging aan de federale administratieve overheid kan indienen. In dat geval dient hij tegelijkertijd een verzoek om advies in te dienen bij de Commissie. Beide aanvragen werden tegelijkertijd ingediend.

De Commissie moet er echter op wijzen dat de ontvankelijkheid slechts geldt voor zover de gevraagde bestuursdocumenten geen betrekking hebben op milieu-informatie. Op milieu-informatie is immers de wet van 5 augustus 2006 betreffende de toegang van het publiek tot milieu-informatie van toepassing. Zoals de Federale Beroepscommissie terecht

heeft gesteld, is het niet relevant welke wetgeving de aanvrager inroept om te bepalen welke wetgeving van toepassing is. Beide wetten vormen immers de uitdrukkelijk van het grondwettelijk gegarandeerd recht van toegang tot bestuursdocumenten. Het is de ONDD die moet bepalen welke wetgeving op de gevraagde documenten van toepassing is.

### 3. De gegrondheid van de adviesaanvraag

3.1. De Nationale Delcrederedienst roept expliciet in dat noch de wet van 11 april 1994 noch de wet van 5 augustus 2006 van toepassing zijn.

Om de gegrondheid van de adviesvraag op dit punt te kunnen beoordelen, dient te worden nagegaan of de Nationale Delcrederedienst een federale administratieve overheid in de zin van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur is. Het recht van toegang zoals gegarandeerd door artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 geldt slechts ten aanzien van bestuursdocumenten. Een bestuursdocument is “*alle informatie, in welke vorm ook, waarover een administratieve overheid beschikt*” (zie artikel 1, tweede lid, 2° van de wet). Een administratieve overheid wordt door de wet van 11 april 1994 gedefinieerd als “*een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State*” (zie artikel 1, tweede lid, 1° van de wet).

#### Grondrecht als uitgangspunt

Het is belangrijk voor ogen te houden wat het doel van de grondwetgever was toen hij de openbaarheid van bestuur in de Grondwet opnam.

In de Verklarende Nota bij artikel 24*ter*, het huidige artikel 32 van de Grondwet, is duidelijk vermeld dat “*De principes vastgesteld in het voorgestelde artikel gelden ten aanzien van alle administratieve overheden. De concrete invulling van dit begrip zal naderhand gebeuren. Aangezien hier een fundamenteel recht wordt toegekend, zal hierbij een zo breed mogelijke interpretatie worden gehanteerd. Met name kan verwezen worden naar artikel 14 van de wetten op de Raad van State en de rechtspraak van de Raad van State dienaangaande.*” (Parl. St. Kamer, B.Z. 1992-1993, 839/1, 5).

De grondwetgever had dus een zeer ruim personeel toepassingsgebied op het oog, maar liet de invulling over aan de wetgever. Gelet op het gegeven dat het om een grondrecht gaat, moet de wetgever voor een zo ruim mogelijke invulling kiezen. Bovendien mag de wetgever wanneer hij om het personeel toepassingsgebied in te vullen voor het begrip “administratieve overheid” kiest, dit begrip niet zo beperkt invullen dat de wet in strijd zou zijn met het brede toepassingsgebied dat de grondwetgever voor ogen had.

### Toepassingsgebied van de federale openbaarheidswet

De wet van 11 april 1994 is op grond van artikel 1, eerste lid van toepassing op:

- a) de federale administratieve overheden;
- b) de administratieve overheden andere dan de federale administratieve overheden doch slechts voor zover deze wet op gronden die tot de federale bevoegdheid behoren, de openbaarheid van bestuursdocumenten verbiedt of beperkt.

### Notie (federale) «administratieve overheid»

In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat de federale openbaarheidswet is geworden (*Parl. St. Kamer, 1992-1993, 1112/1, 8-11*), werd de notie «administratieve overheid» als volgt verduidelijkt:

*“Voor de bepaling van de notie “administratieve overheden” wordt gesteund op artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en bijgevolg op de uitgebreide jurisprudentie terzake van de Raad van State. Dit biedt het belangrijke voordeel dat het toepassingsgebied van de wet mee zal evolueren met de nieuwe ontwikkelingen die zich in de wetgeving en de administratieve praktijk voordoen. Bovendien verschaft de rechtspraak van de Raad van State een duidelijk houvast en worden criteria gehanteerd die volledig aansluiten bij de doelstelling van deze wet, namelijk de bestuurde in zijn verhouding tot het bestuur, welke vorm dat ook aanneemt, recht te geven op openbaarheid. De criteria van de Raad van State zijn, positief gesteld en niet-cumulatief: uitoefening van een taak van algemeen belang, over dwingende beslissingsbevoegdheid beschikken, betrokkenheid van de overheid bij de oprichting of erkenning, controle door de overheid, beschikken over bepaalde prerogatieven van de openbare macht en, negatief: niet behoren tot de wetgevende of de rechterlijke macht.*

*Nieuw tegenover de bestaande rechtspraak van de Raad van State is dat voor de toepassing van de hier voorgestelde wet bovendien zal moeten worden afgebakend welke van de administratieve overheden als federale administratieve overheden moeten worden beschouwd en welke als niet-federale administratieve overheden. De federale*



*administratieve overheden zijn, aldus de Raad van State in zijn advies met betrekking tot onderhavig wetsontwerp, de federale administraties, de openbare instellingen en ermee vergelijkbare openbare diensten welke onder een federale administratieve overheid ressorteren, alsmede de private personen welke door een federale overheid ten gevolge van andere dan toevallige gebeurtenissen met het uitoefenen van een federale openbare dienstverlening zijn belast. Tot het federale niveau wordt eveneens gerekend het personeel van de provincies dat afhangt van de federale overheid inbegrepen de arrondissementscommissarissen.*

*De niet-federale administratieve overheden zijn deze die deel uitmaken van andere bestuursniveau's – de Gemeenschappen en de Gewesten, de provincies en de gemeenten, zoals daar zijn de diensten van de Gemeenschappen, de Gewesten of de Gemeenschapscommissies of de instellingen door hen opgericht, privé-personen die een taak van algemeen belang uitvoeren die behoort tot de bevoegdheidssfeer van de Gemeenschappen of Gewesten, de gemeentelijke en provinciale organen, de intercommunales, de O.C.M.W.'s, de polders en wateringen, de kerkfabrieken, enz..*

*Wat het federale niveau betreft, heeft de Raad van State steeds als administratieve overheden bestempeld : de organen van het centrale rijksbestuur, zoals de Koning, de Ministers en bepaalde bij delegatie handelende ambtenaren die een beslissingsbevoegdheid bezitten zoals de Vaste Wervingssecretaris.*

*Voor wat de Koning als administratieve overheid betreft, moet beklemtoond worden dat Hij dit slechts is met betrekking tot aangelegenheden waarvoor een Minister de verantwoordelijkheid draagt (cf. artikel 64 van de Grondwet) en geenszins persoonlijk als administratieve overheid kan worden beschouwd. De stukken en de correspondentie die berusten bij het Staatshoofd vallen geenszins onder toepassing van deze wet.*

*Kabinetsleden zijn evenmin administratieve overheden : zij zijn de persoonlijke medewerkers van de Ministers en kunnen zich niet in hun plaats stellen om beslissingen te nemen waarvoor de Ministers bevoegd zijn. Aangezien en in zoverre zij geen bevoegdheid bezitten om bindend op te treden tegenover derden, zijn zij, volgens de Raad van State, derhalve niet als administratieve overheid te beschouwen.*

*De organen van dienstgewijze gedecentraliseerde instellingen die een autonome beslissingsbevoegdheid bezitten, zijn wel als administratieve overheid te beschouwen. Zij werden door de overheid opgericht om in een dienst van algemeen nut te voorzien en zijn daarbij onder de hoge leiding van de overheid geplaatst. Het betreft onder meer de Algemene Spaar- en Lijfrentekas, de Rijksdienst voor Arbeidsvoorziening, de Rijksdienst voor Kinderbijslag voor Werknemers, de Bankcommissie, enzovoort.*

*Naast deze openbare instellingen stricto sensu zijn ook de instellingen die door de overheid of door toedoen van de overheid tot stand werden gebracht om in een openbare dienst te voorzien en waarvan particulieren of private vennootschappen deel uitmaken of die opgericht zijn in de vorm van een handelsvennootschap als administratieve overheid te beschouwen. Het betreft ondermeer het Gemeentekrediet van België.*

*Vragen rijzen met betrekking tot de zogenaamde ondernemingen met gemengd beheer die door de openbare overheid tot stand zijn gebracht en een openbare dienst of een dienst van algemeen belang waarnemen en waarvoor, zowel wat de samenstelling*

*van het kapitaal als wat het beheer van de onderneming betreft, een beroep gedaan wordt op de medewerking van particulieren. Het betreft de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen, de Nationale Bank van België, S.A.B.E.N.A., en andere.*

*Het antwoord op de vraag of zij als administratieve overheid moeten worden beschouwd, leidt de Raad van State af uit de ontleding van de bijzondere wetten die het statuut van die organismen regelen. De recente wijzigingen met betrekking tot het statuut van de autonome overheidsbedrijven kunnen dus aanleiding geven tot een herziening van de rechtspraak terzake, wat trouwens eveneens geldt tegenover de openbare kredietinstellingen.*

*Samen met deze organismen, dient de vraag gesteld te worden naar het karakter van administratieve overheid van organismen die uit particulier initiatief zijn ontstaan maar die met een taak van algemeen belang zijn belast.*

*Ten aanzien van deze organismen, die als dusdanig geen administratieve overheid zijn, maar wel met publiekrechtelijk gezag beklede beslissingen kunnen nemen die vatbaar zijn voor vernietiging door de Raad van State, is de wet betreffende de openbaarheid van bestuur slechts van toepassing ten aanzien van die aangelegenheden waarvoor het organisme het karakter van administratieve overheid heeft. Voor de ondernemingen van gemengd beheer betreft dit bijvoorbeeld de bevoegdheid die wordt uitgeoefend met betrekking tot het personeel.*

*Ook openbare adviesorganen (zoals de Centrale raad voor het Bedrijfsleven, de Hoge Raad voor de Middenstand, de Nationale Arbeidsraad) zijn aan deze gevolgtrekking onderworpen : zij zijn geen administratieve overheid wanneer zij adviezen verstrekken maar wel bij de uitoefening van hun beslissingsmacht ten aanzien van hun personeel. Enkel ten aanzien van deze aangelegenheid zijn zij onderworpen aan de toepassing van deze wet.*

*Hierbij moet beklemtoond worden dat het bovenstaande slechts geldt voor deze organismen die niet als dusdanig een administratieve overheid zijn en deze kwalificatie slechts verkrijgen in de mate waarin zij met publiekrechtelijk gezag beklede beslissingen nemen. Slechts voor deze organismen geldt de openbaarheid enkel ten aanzien van die aangelegenheden waarvoor het organisme het karakter van administratieve overheid bezit.*

*Dit geldt dus niet voor de organismen en instellingen die door de Raad van State in hun geheel als administratieve overheid worden beschouwd. Bij deze instellingen of organismen is de vraag of een document betrekking heeft op een aangelegenheid die onderworpen is aan het wettigheidstoezicht van de Raad van State irrelevant. Alle documenten die berusten bij dergelijke administratieve overheid zijn bestuursdocumenten, en in principe openbaar.”*

Uit de toelichting blijkt enerzijds de bedoeling van de wetgever om, door voor de invulling van het begrip “administratieve overheid” te verwijzen naar artikel 14 van de wetten op de Raad van State en de daarop betrekking hebbende rechtspraak, het toepassingsgebied van de wet van 11 april 1994 de mogelijke ontwikkeling van die rechtspraak te laten volgen. De wetgever koos immers voor een “evolutief” begrip, waarbij voldoende rekening kon worden gehouden met maatschappelijke

evoluties. Omdat het begrip “administratieve overheid” in artikel 14 van de wetten op de Raad van State zelf niet wordt gedefinieerd, is de invulling die er in de Memorie van Toelichting aan wordt gegeven een weergave van een tijdgebonden situatie en bovendien een interpretatie van de bestaande rechtspraak. De evolutie die zich op dat moment voltrok in de rechtspraak was veeleer uitbreidend, al werd niet uitgesloten dat toekomstige rechtspraak in beperkende zin zou evolueren als de aard van een bepaald organisme in de toekomst zou wijzigen.

Anderzijds blijkt dat een onderscheid dient gemaakt te worden tussen zogenaamde “organieke” en “functionele” openbare diensten. Terwijl alle documenten die berusten bij organismen en instellingen die in hun geheel als administratieve overheid worden beschouwd (*organieke openbare diensten*, o.a. de federale administraties) als bestuursdocumenten dienen te worden beschouwd en dus openbaar zijn, geldt voor organismen die niet als zodanig een administratieve overheid zijn (*functionele openbare diensten*) de openbaarheid enkel ten aanzien van die aangelegenheden, waarvoor een dergelijk organisme het karakter van administratieve overheid bezit. Wat die laatste categorie betreft gaat het in het bijzonder om de organismen die uit particulier initiatief zijn ontstaan maar die met een taak van algemeen belang zijn belast, om ondernemingen met gemengd beheer en om een specifieke categorie van adviesorganen, namelijk de openbare adviesorganen (in A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2009, p. 125, omschreven als “*met louter adviserende bevoegdheid belaste lichamen [...] waaraan de wetgever rechtspersoonlijkheid en een patrimoniale en budgettaire zelfstandigheid heeft verleend*”; op federaal niveau gaat het meer bepaald om de Centrale Raad voor het Bedrijfsleven, de Hoge Raad voor de Middenstand en de Nationale Arbeidsraad).

De invulling van het begrip “administratieve overheid” is sedert de totstandkoming van de openbaarheidswet geëvolueerd. Het Hof van Cassatie heeft geoordeeld dat door de overheid opgerichte of erkende instellingen, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd én zij beslissingen kunnen nemen die derden binden (zie in het bijzonder: Cass. 14 februari 1997, nr. C.96.0211.N; Cass. 10 september 1999, nr. C.98.0141.F; Cass. 6 september 2002, nr.

C.01.0382.N; voor commentaar in de rechtsleer, zie onder meer: S. BAETEN, “Variaties op verzelfstandigingsthema’s: enkele bedenkingen over de tweewegenleer en het annulatiecontentieux naar aanleiding van het Cassatiearrest van 8 november 1996”, *C.D.P.K.* 1999, 83-102; M. BOES, “De administratieve overheid: een ondefinieerbaar begrip?”, *Ad amicissimum amici scripsimus. Vriendenboek Raf Verstege*, Brugge, die Keure, 2004, 27-30; MAST, *o.c.*, nrs. 1017-1020; S. DE SOMER, “Het begrip administratieve overheid: stand van zaken van a never ending story”, *R.W.* 2011-12, 1614-1639; A. MAST e.a., *o.c.*, nrs. 1017-1020; P. NIHOUL, “La notion d’autorité administrative: retour à l’orthodoxie”, *Adm. Publ.*, 2001, 78-85; J.M. PIRET, “La notion d’autorité administrative”, *Adm. Publ.*, 1999, 236-238; F. VANDENDRIESSCHE, “De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten Gimvindus en BATC van het Hof van Cassatie”, *R.W.*, 2000-2001, 497-506; S. VAN GARSSE, “De ‘harmonicabewegingen’ van het begrip administratieve overheid”, *Tijdschrift voor Gemeenterecht*, 2002, 308-313). Daarbij heeft het Hof van Cassatie weliswaar de nadruk gelegd op het (*functionele*) criterium beslissingen te kunnen nemen die derden binden, doch daaruit kan niet worden afgeleid dat de bevoegdheid om beslissingen te kunnen nemen die derden binden in alle gevallen een noodzakelijke voorwaarde is om van een administratieve overheid te kunnen spreken. Bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat de arresten van het Hof van Cassatie steeds betrekking hadden op privaatrechtelijke instellingen.

#### Kwalificatie van de Nationale Delcrederedienst

De Nationale Delcrederedienst is een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid opgericht door de wet van 31 augustus 1939 op de Nationale Delcrederedienst (*BS* 4 oktober 1939). Ze heeft tot doel de internationale economische betrekkingen te bevorderen, hoofdzakelijk door de acceptatie van risico’s op het gebied van uitvoer, invoer en investeringen in het buitenland. Om zijn doel te verwezen kan de ONDD:

1° alle waarborgen verlenen die strekken tot beperking van de risico's, inzonderheid de politieke risico's, de kredietrisico's en de financiële risico's, die de ondernemingen lopen bij de uitoefening van hun activiteit;

2° alle waarborgen verlenen die strekken tot beperking van de risico's verbonden aan internationale investeringen;

3° alle waarborgen verlenen die strekken tot beperking van de koersrisico's;

4° zijn medewerking verlenen aan de financiering van uitvoerichtingen wanneer de financieringsbronnen geheel of gedeeltelijk van openbare oorsprong zijn, of door zijn tussenkomst de eventuele ontoereikendheid van de aangeboden financiële hulp aanvullen;

5° zowel in België als in het buitenland, alle nevenactiviteiten of aanvullende activiteiten uitoefenen die het verwezenlijken van zijn doel vergemakkelijken;

6° voor rekening van de Regering elke opdracht vervullen, zowel technisch of financieel als op het vlak van de vertegenwoordiging, in verband met internationale handels- of investeringsverrichtingen, welke zij besluit hem toe te vertrouwen.

Op grond van zijn organieke verbondenheid met de Federale Staat is de Commissie van oordeel dat er geen twijfel over kan bestaan dat de Nationale Delcrederedienst valt onder het toepassingsgebied van de wet van 11 april 1994.

3.2 De wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur is slechts van toepassing op bestuursdocumenten, wat inhoudt dat ze tenminste moeten bestaan. Uit de wet van 11 april 1994 vloeit geen verplichting voort om nieuwe documenten aan te maken. Voor zover de aanvraag van Greenpeace dan ook betrekking heeft op niet bestaande documenten, is de weigering van de Nationale Delcrederedienst terecht.

3.3 Een document moet als een bestuursdocument worden gekwalificeerd als een administratieve overheid erover beschikt. De Commissie heeft al heel vroeg duidelijk gemaakt dat aan het begrip beschikken een heel ruime betekenis moet worden gegeven en dat het fysiek in zijn bezit hebben, voldoende is. Documenten die afkomstig zijn van andere overheden of derden maar die in het bezit zijn van de Nationale Delcrederedienst moeten dan ook als bestuursdocumenten worden gekwalificeerd. Het feit dat ze door een voogdijminister tot stand zijn gebracht, speelt hierbij geen enkele rol.

3.4 De Commissie stelt vast dat de Nationale Delcrederedienst een aantal uitzonderingsgronden inroept om de openbaarmaking te weigeren.

Om de openbaarmaking van bestuursdocumenten te weigeren, wenst de Commissie er de Nationale Delcrederedienst aan te herinneren dat artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur uitgaan van de principiële openbaarheid van alle bestuursdocumenten. Slechts wanneer een belang vereist is voor documenten van persoonlijke aard en wanneer één of meer uitzonderingsgronden moeten of kunnen worden ingeroepen en dit inroepen *in concreto* en op pertinente wijze kunnen worden gemotiveerd, kan de openbaarmaking worden geweigerd.

3.4.1 Op de eerste plaats roept de Nationale Delcrederedienst artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994 in op grond waarvan een administratieve overheid de openbaarmaking moet weigeren wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet aan het geheim van de beraadslagingen van de federale Regering en van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de federale uitvoerende macht, of waarbij een federale overheid betrokken is.

De Commissie wijst erop dat aan elke uitzonderingsgrond op een fundamenteel grondrecht, een restrictieve interpretatie moet worden gegeven. Deze uitzonderingsgrond beoogt de individuele standpunten van leden bij een beraadslagingsproces te beschermen en documenten die een dergelijk individueel standpunt ondersteunen. Dit betekent dat deze uitzonderingsgrond niet kan worden ingeroepen om het resultaat van een beraadslagingsproces niet openbaar te maken, noch om alle voorbereidende documenten opgesteld in het kader van een beraadslagingsproces aan de openbaarmaking te onttrekken.

Op dat punt moeten de volgende opmerkingen gemaakt worden.

Eerst stelt de Commissie vast dat de Nationale Delcrederedienst onvoldoende de informatie afbakt die individuele standpunten van leden bij een beraadslaging bevatten. In elk geval kan deze uitzonderingsgrond niet ingeroepen worden ten aanzien van de volledige polisaanvraag van Jan De Nul met betrekking tot genoemd dossier en ten aanzien van de afgegeven polis aan Jan De Nul met betrekking tot genoemd dossier.

De Nationale Delcrederedienst maakt bovendien niet *in concreto* duidelijk waarom de openbaarmaking afbreuk doet aan het geheim van

de beraadslagingen van de federale Regering en van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de federale uitvoerende macht, of waarbij een federale overheid betrokken is. Een overweging dat als deze informatie zou moeten worden vrijgegeven, elke besluitvorming en het bijhorende debat, waarbij de internationale betrekkingen met Rusland en andere noordelijke landen, de concurrentiepositie van Europa, economische groei voor België, strategische positie van België als lidstaat van de Europese Unie, werkgelegenheid, ed worden afgewogen, tussen de leden van de Raad van Bestuur en/of de bevoegde voogdijministers onmogelijk wordt gemaakt, is te algemeen van aard en strekt zich verder uit dan deze concrete casus.

De Commissie wenst er echter wel op de wijzen dat de uitzonderingsgrond vermeld in artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994 geen belangenafweging vereist. Het is voldoende dat *in concreto* wordt aangetoond dat de openbaarmaking afbreuk doet aan het geheim van de beraadslagingen van de federale Regering en van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de federale uitvoerende macht, of waarbij een federale overheid betrokken is, opdat de openbaarmaking moet worden geweigerd.

3.4.2 Op de tweede plaats roept de Nationale Delcrederedienst artikel 6, § 1, 7° van de wet van 11 april 1994 in.

Dit artikel bepaalt dat een administratieve overheid de openbaarmaking moet weigeren als ze heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het uit de aard van de zaak vertrouwelijk karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld. De Commissie wenst er ook in dit geval op te wijzen dat niet alle economische informatie over een onderneming onder deze uitzonderingsgrond valt, maar enkel die informatie die uit de aard van de zaak vertrouwelijk is. Voor zover dit *in concreto* kan worden gemotiveerd sluit het niet uit dat bepaalde documenten uit de aard van de zaak vertrouwelijke informatie kunnen bevatten. Dit sluit wel uit dat informatie onder deze uitzonderingsgrond zou worden gebracht die al niet op een of andere wijze ruimer bekend is.

Op dat punt sluit de Commissie niet uit dat specifieke voorwaarden die de Nationale Delcrederedienst oplegt voor het verkrijgen van een verzekering, als uit de aard van de zaak vertrouwelijke ondernemings- en fabricagegegevens moeten worden beschouwd omdat ze betrekking hebben op een concreet project waaraan De Nul een specifieke invulling heeft gegeven. Maar het is moeilijk te aanvaarden dat de confidentialiteit bij elke overeenkomst uitdrukkelijk wordt benadrukt door het stelselmatig sluiten van 'confidentiality agreements' met (potentieel) verzekeren en middels expliciete bedinging in de polisvoorwaarden. Deze clausules kunnen niet stelselmatig worden ingeroepen om geen toepassing te maken van de wet van 11 april 1994.

De uitzonderingsgrond van artikel 6, § 1, 7° van de wet van 11 april 1994 vereist een belangenafweging. Ook deze belangenafweging moet *in concreto* plaatsvinden als ze leidt tot het niet openbaarmaking van de in deze bepaling vermelde informatie. Aangezien de aanvrager geen belang dient aan te tonen, kan het belang of het onvoldoende gemotiveerd zijn van een belang niet worden ingeroepen om de openbaarmaking te weigeren.

3.4.3. Op de derde plaats roept de Nationale Delcrederedienst artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994 in om de aanvraag af te wijzen, op grond waarvan een administratieve overheid de openbaarheid moet weigeren als zij vaststelt dat het belang van de openbaarmaking niet zwaarder doorweegt dan het vertrouwelijk karakter van de federale internationale betrekkingen van België. Het kan echter niet betekenen dat alle informatie over de internationale betrekkingen van België geheim zouden kunnen worden gehouden. Dit is enkel zo voor gevoelige informatie waarvan de openbaarmaking de federale internationale betrekkingen van België zou kunnen schaden. Dat het vrijgeven van bepaalde informatie kan leiden tot vragen van de betrokken landen waarop de transactie betrekking heeft, betekent nog niet automatisch dat hierdoor de internationale relaties van België in gevaar zouden worden gebracht.

*In casu* wordt niet *in concreto* door de Nationale Delcrederedienst gemotiveerd hoe het vrijgeven van informatie inzake kredietverzekering gegarandeerd door de Belgische staat afbreuk zou doen aan de internationale relaties van België. Evenmin kan zomaar op algemene wijze worden beweerd dat milieu- of andere overwegingen niet



zwaarder kunnen doorwegen dan het vertrouwelijk karakter van de federale internationale betrekking van België.

3.4.3. Ten slotte roept de Nationale Delcrederedienst ook artikel 6, § 1, 6° van de wet van 11 april 1994 in om de openbaarmaking te weigeren. Deze bepaling laat toe dat een administratieve overheid de openbaarmaking moet weigeren als ze vaststelt dat het belang van de openbaarheid niet zwaarder doorweegt dan een federaal economisch of financieel belang, de munt of het openbaar krediet.

De Commissie erkent dat de openbaarmaking van bepaalde informatie in de gevraagde documenten het federaal economisch belang kan ondergraven. Toch wil de Commissie erop wijzen dat dit enkel kan voor zover er een concrete motivering wordt gegeven. Algemene formules, zoals dat de documenten informatie bevatten over de internationale betrekkingen met Rusland en andere noordelijke landen, de concurrentiepositie van Europa, de economische groei voor België, de strategische positie van België als lidstaat van de Europese Unie, werkgelegenheid, e.d.m. waarbij de openbaarmaking ervan ertoe kan leiden dat kredietverzekering die wordt verstrekt door ONDD om Belgische economische belangen te beschermen en de groei (alsook de competitiviteit) van Belgische bedrijven op internationaal niveau te bevorderen, moeten vermeden worden als ze niet concreet ingevuld kunnen worden.

3.4.5 De Commissie wenst tevens onder de aandacht van de Nationale Delcrederedienst te brengen dat op verscheidene subfederale regelgeving inzake openbaarheid ook moeten worden onderzocht. Die teksten bevatten bepaalde uitzonderingsgronden die kunnen worden ingeroepen om de openbaarmaking te weigeren.

In die zin wil de Commissie wijzen op artikel 14, 2° van het Vlaams decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur op grond waarvan instanties de openbaarmaking moet afwijzen, voor zover die geen betrekking heeft op milieu-informatie, indien ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarmaking niet opweegt tegen de bescherming van het vertrouwelijk 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. Evenzeer bepaalt dat decreet dat een instantie de openbaarmaking moet weigeren als de openbaarmaking afbreuk doet aan het geheim van de beraadslagingen van de Vlaamse regering en van de verantwoordelijke overheden die ervan afhangen, aan het geheim van de beraadslagingen van de organen van het Vlaams Parlement evenals aan het bij wet of decreet bepaalde geheim van de beraadslagingen van de organen van de instanties, genoemd in artikel 4, § 1, 3° tot 10°. Tenslotte moet de openbaarmaking op grond van artikel 14, 1° van dat decreet worden geweigerd van informatie als ze van oordeel is dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van het economisch, financieel of commercieel belang van een Vlaamse instantie.

Verder moet eventueel artikel 6, § 1, 5° van het Waalse decreet van 30 maart 1995 worden ingeroepen op grond waarvan een administratieve overheid de openbaarmaking moet weigeren wanneer deze afbreuk doet aan de internationale betrekkingen van het Gewest of artikel 6, § 1, 6° van datzelfde decreet op grond waarvan een administratieve overheid de openbaarmaking moet weigeren wanneer deze afbreuk doet aan een gewestelijk economisch of financieel belang. Ook moet de openbaarmaking op grond van dit decreet worden geweigerd wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet aan het geheim van de beraadslagingen van de Regering en van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de Regering, of waarbij een gewestelijke overheid betrokken is.

Ten slotte wil de Commissie nog wijzen op artikel 10, § 1, 3° van de ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur op grond waarvan een administratieve overheid een vraag om toegang weigert tot informatie waarvan zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de internationale betrekkingen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Verder wil de Commissie wijzen op artikel 10, § 1, 6° op grond waarvan een administratieve overheid een vraag om toegang moet weigeren tot informatie waarvan zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen het economisch of financieel belang van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Ook is er artikel 10, § 2, 3° van deze ordonnantie op grond waarvan een administratieve overheid de openbaarmaking moet weigeren als deze afbreuk doet aan het geheim van beraadslagingen van de Regering en

van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de gewestelijke uitvoerende macht, of waarbij een gewestelijke overheid betrokken is.

#### 4. Besluit

Uit het gevoerde onderzoek over het verzoek om toegang tot verschillende documenten gemaakt door de heer Jan Van Capelle en aan het antwoord dat de Nationale Delcrederedienst hierop heeft gegeven, kan de Commissie niet anders dan vaststellen dat als de uitzonderingen kunnen of moeten worden ingeroepen om de gevraagde informatie te weigeren, de redenen voor deze weigering preciezer en concreter moeten worden uitgedrukt dan dit nu het geval is. Een meer casuïstische benadering is vereist en het wenselijk een dergelijke aanpak ook in de toekomst te hanteren.

De Commissie wil de Nationale Delcrederedienst het principe van de gedeeltelijke openbaarmaking in herinnering brengen. Dit principe houdt in dat enkel informatie die onder een uitzonderingsgrond valt aan de openbaarmaking kan worden onttrokken. Alle andere informatie in een bestuursdocument moet openbaar worden gemaakt.

Brussel, 2 september 2013.

F. SCHRAM  
secretaris

M. BAGUET  
voorzitster