



Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

Afdeling openbaarheid van bestuur

23 november 2023

ADVIES 2023-188

Met betrekking tot de weigering om inzage in het verslag en bijhorende documenten met betrekking tot een door de NMBS georganiseerde audit van de NV Ypto

(CTB/2023/198)

1. Een overzicht van de feiten

1.1. Per e-mail van 14 september 2023 vraagt X in het kader van de wet van 11 april 1994 betreffende de Openbaarheid van Bestuur (hierna: “de wet van 11 april 1994”) aan de NMBS, nv van publiek recht, om het volgende:

“Diverse nieuwsmedia berichten over de interne audit die NMBS afrondde m.b.t. mogelijke malversaties inzake de dienstverlening die dhr X als consultant verleende aan YPTO.

Overeenkomstig de wet Openbaarheid van Bestuur, had ik graag een digitale kopie bekomen van:

- 1. Het verslag van het auditcomité;*
- 2. Alle stukken imv dit dossier waarvan de Raad van Bestuur kennis genomen heeft, incl eventuele powerpoints of andere presentaties;*
- 3. Alle correspondentie, brief- en mailverkeer tussen uzelf uit hoofde van uw mandaat en de gedelegeerd bestuurder van YPTO dhr X betreffende de samenwerking met dhr X.*

Overeenkomstig artikel 4 van de wet Openbaarheid duid ik u het persoonlijk belang bij punten 1 en 3:

Ik vraag u dit document op, zowel in mijn hoedanigheid als lid van de kamer van volksvertegenwoordigers, teneinde het controlerecht op de uitvoerende macht en haar overheidsbedrijven ten volle uit te kunnen oefenen, als in eigen naam, aangezien - net als alle bij andere belastingplichtigen - mijn persoonlijke financiële belangen mogelijks werden geschaad door de wederrechtelijke wijze waarop de dienstverleningsovereenkomst tussen de NV Ypto en deze externe consultant tot stand is gekomen alsook werd uitgevoerd en de buitensporig hoge vergoeding die voor de diensten in kwestie werd betaald.”

1.2. Per brief van 5 oktober 2023 antwoordt de NMBS dat zij geen gevolg aan het verzoek zal geven:

“De documenten die het voorwerp uitmaken van uw vragen, vallen immers niet binnen het toepassingsbied van de wet dd. 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur. Wat NMBS betreft, is de wet van 1994 alleen van toepassing wanneer de vraag documenten betreft die te maken hebben met onze taken van openbare dienst in de zin van artikel 156 en volgende van de wet van 21 maart 1991 (zie bvb CTB adviezen 2017/30 en 2021/80).

Zoals u weet oefent de NV Ypto geen taak van openbare dienst van NMBS uit en is NV Ypto derhalve geen administratieve overheid in de zin van de wet van 1994. De Commissie voor de Toegang tot en het hergebruik van Bestuursdocumenten heeft dit in haar recent advies dd. 31 augustus 2023 ref. CTB/2023/144 aan zowel u als ons bevestigd.

Alle door u gevraagde stukken, gerelateerd aan de NV Ypto, zijn bijgevolg niet onderworpen aan deze wet van 1994.

Bovendien is het Parket van Brussel recent een onderzoek gestart aangaande dit dossier.

NMBS verleent haar volle medewerking aan het Parket en zal geenszins de sereniteit en het verloop van dit onderzoek in het gedrang brengen.

Wij zullen bijgevolg onze antwoorden m.b.t het IT-dienstverleningscontract waarover de pers gewag heeft gemaakt, voorbehouden aan het gerecht. We bezorgen u evenwel graag het perscommuniqué van de NMBS van 1 september jl. dat werd gepubliceerd na kennisname van het auditverslag dienaangaande door het auditcomité en de Raad van Bestuur van de NMBS.”

1.3. Per e-mail van 26 oktober 2023 richt de aanvrager een verzoek tot heroverweging aan de NMBS:

“In het kader van een administratieve beroepsprocedure bij de Commissie voor de toegang tot bestuursdocumenten meld ik u dat ik het oneens ben met uw beslissing.

Hoewel YPTO op zichzelf inderdaad een privaatrechtelijke NV is, oefent de NMBS zelf een aantal taken van openbare dienst uit zoals omschreven in het openbaredienstcontract 2023-2032 waarvoor op de diensten van de NV YPTO een beroep wordt gedaan. Daardoor wordt NMBS wel degelijk gevat door de openbaarheid van bestuur voor wat betreft alle documenten die intern bij de NMBS beschikbaar zijn en verband houden met deze taken en diensten. Het Advies van de Commissie voor de Toegang tot en het hergebruik van Bestuursdocumenten dd. 31 augustus 2023 ref. CTB/2023/144 m.b.t. de NV YPTO, is dus op zich geen verantwoording voor NMBS om de verzochte transparantie te weigeren.

Heel wat diensten van YPTO NV aan de NMBS hebben rechtstreeks betrekking op de organisatie van het vervoer van reizigers en/of het verstrekken van informatie aan de klanten van de NMBS. Het beheerscontract 2023-2032 vermeldt daaromtrent als engagementen voor de NMBS ten aanzien van de staat:

- *Art 24 par 2: “De NMBS streeft ernaar nieuwe digitale formules te ontwikkelen en te promoten, met de nodige aandacht voor bepaalde groepen reizigers (zij die geen toegang tot internet hebben, kwetsbare groepen, PBM, etc.)”*
- *Art 45 par. 1: “NMBS ontwikkelt haar digitale verkoopkanalen, mobiele toepassingen en websites, zodat alle vervoerbewijzen die onder haar opdracht van openbare dienst vallen, via deze kanalen kunnen worden aangekocht.”*
- *Art 56 par. 4: “NMBS verbindt er zich toe om haar website en mobiele applicaties toegankelijk te maken voor alle reizigers.”*

Elk van deze aspecten worden voor NMBS uitgevoerd door YPTO, zoals ook blijkt uit hun eigen communicatie:

- *“Samen met NMBS zorgde Ypto ervoor dat alle stations en stopplaatsen uitgerust werden met een ticketverkoopsautomaat. Via die automaten kan een klant zelf een biljet kopen zonder aan een loket te moeten aanschuiven.” Verkoop aan de treinreizigers – YPTO*

- *“Mobi is een virtuele assistent die op de Facebookpagina van NMBS jouw vragen in een privébericht beantwoordt. Op die manier worden treinreizigers sneller geholpen.” Treininformatie vragen aan Chatbot Mobi – YPTO*
- *“Dankzij het RIV-project wordt alle treininformatie consistent op elkaar afgestemd. Dat zorgt ervoor dat reizigers geen verschillen meer zien in info op de schermen in de stations en die in de treinen. Ook afstemming op de treininformatie in de NMBS-app is een objectief in dit project.” Consistente treininformatie aan reizigers - YPTO*

Aangezien deze opdrachten niet formeel gedelegeerd werden aan NV YPTO in de zin van art 4 par 4 van de Wet op de Autonome Overheidsbedrijven van 1991, blijft NMBS overeenkomstig deze wet ten opzichte van de Staat aansprakelijk wat de uitvoering betreft van de taken van openbare dienst waarbij de dochtervennootschap wordt betrokken. Het betreft dus wel degelijk taken van openbare dienst in de zin van artikel 156 en volgende van de wet van 21 maart 1991.

Aangezien de Commissie voor de Toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten in haar advies dd. 31 augustus 2023 (ref. CTB/2023/144) van mening is dat NV YPTO geen verantwoording dient af te leggen over deze activiteiten, geldt dit wel voor NMBS. Het kan immers niet dat opdrachten die uitgeoefend worden uit hoofde van de staat als openbare dienst, onttrokken worden aan de openbaarheid van bestuur door zowel het uitvoerende dochterbedrijf als door het moederbedrijf dat daartoe de delegatie verstrekte.

Daarenboven, dat het parket van Brussel een onderzoek is gestart aangaande dit dossier, verhindert in het geheel niet dat de gevraagde stukken worden openbaar gemaakt. Art. 6 van de wet betreffende de openbaarheid van bestuur van 1994 is ter zake duidelijk: het principe is de openbaarheid, beperkingen aan het inzagerecht en aan het recht op kopie zijn slechts de uitzondering. In uw antwoord keert u principe en uitzondering om. In dit dossier weegt de openbaarmaking van de documenten echter duidelijk

zwaarder door. Het verslag van het auditcomité alsook de andere stukken in verband met dit dossier (inclusief eventuele powerpoints of andere presentaties) waarvan de raad van bestuur van NMBS kennis genomen heeft, betreffen immers officiële vergaderstukken. Daarenboven heeft u zelf in een persbericht de voornaamste inhoud van het auditrapport bekendgemaakt. Daarnaast is het algemeen bekend dat het parket een onderzoek is opgestart, doch slechts nadat NMBS zelf de interne audit was gestart. Indien het parket géén onderzoek zou hebben opgestart, had het interne auditrapport sowieso openbaar moeten worden gemaakt. Niets verhindert de NMBS om me kopie of inzage te verlenen van de stukken waarvan de raad van bestuur kennis heeft genomen zonder dat het lopende onderzoek bij het parket daarbij wordt gehinderd. Indien er alsnog bepaalde informatie of passages het geheim van het strafrechtelijk onderzoek zouden kunnen schenden dan kunnen louter die aan de openbaarheid worden onttrokken, in overeenstemming met artikel 6 § 4 van de wet betreffende de openbaarheid van bestuur van 1994.

Ik verzoek u dan ook uw beslissing te heroverwegen, minstens voor wat betreft het verlenen van digitale kopie of op zijn minst inzage van laatstgenoemde documenten.”

1.4. Per e-mail van diezelfde dag richt de aanvrager eveneens een verzoek om advies aan de Commissie voor de Toegang tot en het Hergebruik van Overheidsinformatie, Afdeling Openbaarheid van Bestuur (hierna: “de Commissie”).

2. Ontvankelijkheid

Het verzoek om advies is ontvankelijk. In naleving van artikel 8, § 2, van de wet van 11 april 1994 heeft de aanvrager zijn verzoek tot heroverweging aan de NMBS en zijn verzoek om advies aan de Commissie gelijktijdig ingediend.

3. Ten gronde

3.1. *Betreffende het toepassingsgebied van de wet van 11 april 1994*

3.1.1. Vooraleer de aanvraag op zijn gegrondheid te beoordelen, moet de Commissie nagaan of de NMBS, voor wat betreft deze documenten, onder het personeel toepassingsgebied van de wet van 11 april 1994 valt.

3.1.2. In principe is de wet van 11 april 1994 louter van toepassing op “administratieve overheden”.

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 van 11 april 1994).

Zowel in de parlementaire voorbereiding van de wet van 11 april 1994 als in een antwoord geformuleerd op een parlementaire vraag beantwoordde de minister van Mobiliteit op 12 december 2016 (vraag nr. 1503 van volksvertegenwoordiger Jef Van den Bergh van 7 juni 2016, *Parl. St. Kamer, Vragen en Antwoorden*, 54/099, p. 242) wordt bevestigd dat de NMBS in principe een administratieve overheid is.

Uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 11 april 1994 blijkt evenwel ook dat de NMBS slechts kan opgevat worden als een administratieve overheid voor zover zij taken van openbare dienst vervult:

“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 moet 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". (Parl. St. Kamer, 1992-1993, nr. 1112/1, 10)

Hoewel het begrip “administratieve overheid” een evolutieve inhoud heeft, gaat ook de Raad van State er nog steeds van uit dat een naamloze vennootschap van publiek recht een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is wanneer zij beslissingen neemt die kaderen in de “opdrachten van openbare dienst” waarmee zij belast is (R.v.St., 11 oktober 2010, nr. 208.030; R.v.St., 30 juni 2015, nr. 231.805).

Hieruit kan worden afgeleid dat de NMBS evenwel enkel als administratieve overheid is te beschouwen voor zover zij optreedt in het kader van haar opdrachten van openbare dienst, zoals omschreven in de artikelen 156 tot en met artikel 156quinquies van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (hierna: “de wet van 11 maart 1991”).

3.1.3. De NMBS voert aan dat de opgevraagde documenten (die verband houden met de activiteiten van haar dochteronderneming YPTO) niet kaderen in de uitvoering van haar taken van openbare dienst, op grond van het argument dat YPTO zelf geen administratieve overheid is aangezien zij geen opdrachten van openbare dienst uitvoert.

De vaststelling dat haar dochteronderneming YPTO niet met een opdracht van openbare dienst is belast (zie ook het Advies van de Commissie van 31 augustus 2023, nr. 2023/144), volstaat evenwel niet om te besluiten dat ook de NMBS zelf om die reden noodzakelijkerwijze buiten het kader van haar opdrachten van openbare dienst zou optreden in haar verhouding tot en in haar interacties met YPTO.

Het is immers niet uitgesloten dat de audit die de NMBS heeft laten uitvoeren over de werking van YPTO, zowel betrekking heeft op de normale controle die een moedermaatschappij op haar dochteronderneming uitoefent (zie hierna: (a)), als op de impact van eventuele anomalieën bij YPTO op de dienstverlening aan de NMBS (alook mogelijk zelfs een impact op de wijze waarop de NMBS effectief haar eigen activiteiten kan uitoefenen) (zie hierna (b)). Alleen dit laatste aspect is doorslaggevend in de analyse of de NMBS optreedt in de context

van haar opdrachten van openbare dienst, en bijgevolg voor het bepalen van haar hoedanigheid als administratieve overheid.

- a) Indien de audit zich beperkt tot loutere interne aangelegenheden bij YPTO die geen weerslag hebben op haar dienstverlening aan de NMBS (of op de dienstverlening door de NMBS aan de reizigers), kan er van uitgegaan worden dat de NMBS niet optreedt in het kader van haar opdrachten van openbare dienst.

Overeenkomstig artikel 155 en artikel 13, § 6, van de wet van 21 maart 1991 heeft de NMBS immers het recht om rechtspersonen op te richten en alle commerciële, industriële of financiële verrichtingen te doen die rechtstreeks of onrechtstreeks verband houden met haar doel. Het doel van de NMBS omvat evenwel ook taken die niet als opdrachten van openbare dienst aangeduid zijn. De oprichting van een dochteronderneming kan bijgevolg kaderen buiten de opdrachten van openbare dienst. Bovendien is er van uit te gaan dat de oprichting van een dochteronderneming niet in de opdrachten van openbare dienst van de NMBS kadert wanneer de Koning geen machtiging gegeven heeft om die dochteronderneming rechtstreeks bij de uitvoering van de opdracht van openbare dienst te betrekken overeenkomstig artikel 13, § 3, van de wet van 21 maart 1991. Specifiek voor wat betreft YPTO, moet vastgesteld worden dat zij niet door de Koning gemachtigd werd om een opdracht van openbare dienst uit te oefenen. Haar oprichting kadert bijgevolg op zich niet in de opdrachten van openbare dienst van de NMBS.

Indien de oprichting van een dochteronderneming los staat van de opdrachten van openbare dienst, zal dat noodzakelijkerwijze óók het geval zijn voor alle daarmee rechtstreeks verband houdende of daaruit voortvloeiende (vennootschapsrechtelijke) verrichtingen. Een controle op YPTO die kadert in het normale toezicht dat elke moedermaatschappij op haar dochteronderneming uitoefent, is te beschouwen als een dergelijke verrichting en wordt dan ook buiten het kader van de opdrachten van openbare dienst van de NMBS gerealiseerd.

- b) Indien evenwel de uitgevoerde controle ook rechtsreeks of onrechtstreeks betrekking heeft op de door YPTO geleverde diensten áán de NMBS of op de wijze waarop deze dienstverlening een impact heeft op de eigen dienstverlening van de NMBS, moet nog nagegaan worden of die diensten/activiteiten verband houden met de opdrachten van openbare dienst van de NMBS.

Met andere woorden, de (vennootschapsrechtelijke) controle op de interne werking van een dochteronderneming is te onderscheiden van de controle op eventuele dienstverlening van een (dochter)onderneming aan de (moeder)maatschappij. Deze twee aspecten vereisen een afzonderlijke analyse: hoewel verrichtingen met betrekking tot het eerst vermelde aspect buiten de opdrachten van openbare dienst van een overheidsonderneming kunnen staan, kunnen daarentegen aspecten in verband met het tweede aspect desgevallend wél kaderen binnen de opdrachten van openbare dienst.

De omstandigheid dat YPTO al dan niet als dochteronderneming door de NMBS buiten haar opdrachten van openbare dienst opgericht is, is in die hypothese immers op zich geen doorslaggevend element meer. Overheidsbedrijven of overheidsinstellingen kunnen namelijk óók in het kader van de uitvoering van hun opdrachten van openbare dienst op externe partners, aannemers, dienstverleners of leveranciers beroep doen (via aanbesteding, partnerschappen, etc.). De NMBS kan zo, via een dienstenopdracht of een andere vorm van overeenkomst, op YPTO, als externe partner, beroep doen voor de verwezenlijking of ondersteuning van één of meerdere van haar opdracht van openbare dienst. Een dergelijke contractuele verhouding doet overigens geen afbreuk aan de voorwaarde van een Koninklijke machtiging cf. artikel 13, § 3, van de wet van 21 maart 1991. De in artikel 13, § 3, van de wet van 21 maart 1991 bedoelde machtiging is slechts nodig als er sprake is van een rechtstreekse uitvoering van opdrachten van openbare dienst door een dochteronderneming, met beslissingsbevoegdheid, maar niet voor loutere “voorbereidings-, begeleidings-, of opvolgingshandelingen (Wetsontwerp betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven *Parl. St. Kamer*, nr. 1287/1, p. 89-

90; zie ook Verslag van het Rekenhof, “Financiële stromen tussen de vennootschappen van de NMBS-Groep”, 2012, p. 35).

Zoals de aanvrager terecht opmerkt, lijkt de NMBS wel degelijk voor de uitvoering van bepaalde opdrachten van openbare dienst beroep te doen op door YPTO geleverde diensten. YPTO was immers betrokken bij de uitrusting van stations met ticketverkoopautomaten. YPTO ondersteunde de ontwikkeling van een virtuele informatie-assistent voor reizigers. YPTO optimaliseerde de afstemming van treininformatie in de NMBS-app. Het gaat hier bijgevolg om dienstverlening die verband houdt met het onthaal van en de informatie aan reizigers. Overeenkomstig artikel 156, 1°, van de wet van 21 maart 1991 maakt dergelijk onthaal van en informatie aan reizigers met treinen van de gewone, binnenlandse dienst deel uit van de opdrachten van openbare dienst van de NMBS.

Bijgevolg, in de mate dat het onderzoek van de NMBS naar de werking, de activiteiten en de contractuele relaties van YPTO verder zou gaan dan een controle op de louter interne werking van haar dochteronderneming, maar ook rechtstreeks of onrechtstreeks betrekking zou hebben op de dienstverlening van YPTO aan de NMBS (met name inzake het onthaal van of informatie aan de reizigers) dan wel op de wijze waarop de werking van YPTO een impact gehad heeft op de dienstverlening van de NMBS aan de reizigers, zou deze audit wel degelijk verband houden met de opdrachten van openbare dienst van de NMBS. De NMBS dient derhalve nog aan te tonen dat dit niet het geval is en dat de audit zich bijgevolg niet tot dergelijke activiteiten uitstrekt. Indien zij dat niet kan, zal aangenomen moeten worden dat de NMBS wel degelijk (ten dele) optreedt in het kader van haar opdrachten van openbare dienst bij het laten uitvoeren van die audit. In dat geval zal de NMBS te beschouwen zijn als een “federale administratieve overheid” en zal de wet van 11 april 1994 *in casu* van toepassing zijn.

3.2. *Betreffende de ingeroepen uitzonderingsgrond*

3.2.1. De NMBS verwijst tevens naar het door het Parket van Brussel gestarte onderzoek om de toegang tot de gevraagde bestuursdocumenten te weigeren.

3.2.2. Artikel 32 van de Grondwet en de wet van 11 april 1994 huldigen principieel het recht van toegang tot alle bestuursdocumenten waarover een administratieve overheid beschikt. De toegang tot bestuursdocumenten kan slechts worden geweigerd wanneer één of meer uitzonderingsgronden in artikel 6 van de wet van 11 april 1994 ingeroepen kunnen of moeten worden, en wanneer die uitzonderingsgronden bovendien op afdoende wijze gemotiveerd kunnen worden. Bovendien moeten de wettelijke uitzonderingsgronden beperkend geïnterpreteerd worden (zie o.a. Grondwettelijk Hof, arrest nr. 167/2018 van 29 november 2018).

Artikel 6, § 1, 5°, van de wet van 11 april 1994 stelt:

“Een federale of niet-federale administratieve overheid wijst de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument af, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen: (...) 5° de opsporing of vervolging van strafbare feiten.”

Deze uitzonderingsgrond moet worden ingeroepen als zou blijken dat de openbaarmaking de opsporing of vervolging van strafbare feiten zou kunnen bemoeilijken of die zelfs onmogelijk zou kunnen maken door het verduisteren van informatie. Dit zou bijvoorbeeld het geval zijn indien de openbaarmaking ertoe zou kunnen leiden dat de inbreukmakers hun inbreuken zouden kunnen verbergen vooraleer een opsporings- of gerechtelijk onderzoek is afgerond, of indien zij bewijzen van inbreuken zouden kunnen doen verdwijnen (zie bijvoorbeeld Advies van 15 maart 2021, CTB-2021-28).

3.2.3. Om op basis van deze uitzonderingsgrond de toegang tot de gevraagde bestuursdocumenten te weigeren, moet de NMBS *in concreto* aantonen dat de opsporing of vervolging in het gedrang komt.

Bovendien moet de NMBS ook overgaan tot een concrete belangenafweging tussen enerzijds het algemeen belang dat met de openbaarmaking is gediend en het beschermde belang.

Dergelijke motivatie ontbreekt vooralsnog in de voorliggende beslissing.

De omstandigheid dat de NMBS bovendien zelf al via een persconferentie een aantal elementen van het onderzoek bekendgemaakt zou hebben, verzwakt bovendien de verplichting tot motivering van de weigering tot toegang tot de gevraagde informatie. De NMBS heeft zo immers al besloten dat het bestaan en de aard van de overtredingen wel publiek gemaakt konden worden zonder de opsporing of vervolging in het gedrang te brengen. Om alsnog nuttig artikel 6, § 1, 5°, van de wet van 11 april 1994 te kunnen invoeren, zullen er bijgevolg andere specifieke argumenten met betrekking tot het dossier moeten aangevoerd worden, die van aard zijn het gerechtelijk onderzoek te schaden en zwaarder wegen dan de bescherming van het grondrecht bedoeld in artikel 32 van de Grondwet.

3.2.4. De Commissie wijst tot slot ook op het principe van de gedeeltelijke openbaarmaking op grond waarvan alleen die informatie die onder een uitzonderingsgrond valt, aan de openbaarmaking onttrokken kan worden. Alle andere informatie in een bestuursdocument dient openbaar te worden gemaakt.

Brussel, 23 november 2023

I. DELHEZ
Vervangend secretaris

L. DONNAY
Voorzitter