



# Commissie voor de toegang tot en het hergebruik van bestuursdocumenten

## *Afdeling openbaarheid van bestuur*

6 december 2023

### ADVIES 2023-194

Met betrekking tot de weigering om toegang tot documenten aangaande de inbreng van de BMA bij de totstandkoming van de herziene Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (C (2023) 3445) van de Europese Commissie

(CTB/2023/203)

## 1. Een overzicht van de feiten

1.1. Per brief van 25 augustus 2023 verzoekt Advocatenkantoor Stibbe aan de Belgische Mededingingsautoriteit (hierna: “BMA”) om de *“openbaarmaking van informatie over de inbreng van de BMA bij de totstandkoming van de herziene Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten (C (2023) 3445) (“herziene Horizontale Richtsnoeren”) van de Europese Commissie.”*

*“Meer specifiek ziet dit verzoek op openbaarmaking van documenten die (geheel of gedeeltelijk) betrekking hebben op de inbreng van de BMA bij de totstandkoming van de herziene Horizontale Richtsnoeren, waaronder maar niet uitsluitend:*

- *documenten die de BMA met de Europese Commissie heeft gedeeld over dit onderwerp (en andersom) in bilaterale communicaties tussen de BMA en de Europese Commissie (en vervolggcommunicatie daarover);*
- *documenten die de BMA binnen het ECN-verband [i.e. het European Competition Network] heeft gedeeld over dit onderwerp en gespreksverslagen van eventuele ECN-bijeenkomsten waaruit de inbreng van de BMA over dit onderwerp volgt; en*
- *interne documenten van de BMA over dit onderwerp.*

*[De aanvrager doelt] hierbij onder meer op (concepten van) brieven, interne en externe e-mails, notulen, notities, gespreksverslagen, presentaties, memoranda, adviezen, aanwijzingen, nadere toelichtingen en overige aantekeningen.”*

1.2. Per brief van 22 september 2023 laat de BMA weten dat overeenkomstig artikel 6, §5, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: “de wet van 11 april 1994”) de termijn om te reageren met 15 dagen verlengd wordt.

Op grond van artikel 5 van Verordening (EU) Nr. 1049/2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, raadpleegt de BMA de Europese Commissie omtrent het verzoek om openbaarmaking dat tot haar gericht is.

Bij e-mail van 3 oktober 2023 heeft de Europese Commissie haar advies gegeven. De Europese Commissie stelt vast dat de BMA advies vraagt over de toegang tot documenten die afkomstig zijn van de BMA; het gaat niet om toegang tot documenten die uitgaan van de Europese Commissie. Op basis van de op de Europese Commissie van toepassing zijnde regelgeving, kan de Europese Commissie over een dergelijk verzoek geen formeel advies geven r aan de BMA.

De Europese Commissie informeert de BMA evenwel dat de Europese Commissie zelf óók een gelijkaardig verzoek om toegang ontving, dat specifiek op documenten slaat die van de Europese Commissie uitgaan. De Europese Commissie heeft dat verzoek om toegang tot voormelde documenten geweigerd. Zij maakt de argumentatie op basis waarvan zij de toegang geweigerd heeft, ten informatieve titel, aan de BMA over.

1.3. Per brief van 6 oktober 2023 identificeert de BMA de documenten die onder de reikwijdte van het verzoek om toegang van de aanvraagster vallen (gedetailleerd in een inventaris van stukken).

*“De gevraagde documenten waarop uw verzoek ziet, omvatten interne correspondentie tussen personeelsleden van de BMA en intern aangeleverde input van deze personeelsleden met het oog op de beantwoording van [een vragenlijst met betrekking tot de evaluatie van de groepsvrijstellingsverordeningen Nr. 1217/2010 inzake Onderzoek § Ontwikkeling en Nr. 1218/2010 inzake specialisatie en van de horizontale richtsnoeren, alsook een vragenlijst met betrekking tot de impactassessment van de herziening van deze twee verordeningen en de horizontale richtsnoeren], alsook de officiële antwoorden op deze questionnaires die de BMA aan de Europese Commissie heeft toegestuurd in het kader van de ECN. Verder bevat de inventaris nog het standpunt van de BMA ter voorbereiding van het Adviescomité over de Horizontale Richtsnoeren.”*

De BMA weigert de toegang tot voormelde documenten op grond van volgende argumenten:

- De openbaarmaking van de gevraagde documenten zou niet opwegen tegen het belang van de federale internationale betrekkingen van België, *in casu* de betrekkingen met de Europese

Unie en de andere EU-lidstaten in het kader van het ECN en daarbuiten. De openbaarmaking van de gevraagde documenten (met inbegrip van de interne documenten bij de BMA) *“zou het besluitvormingsproces en de goede werking van de ECN, en de samenwerking tussen deze actoren, ondermijnen, aangezien de BMA, de andere nationale mededingingsautoriteiten en de Europese Commissie niet vrijelijk hun mening zouden kunnen geven over kwesties zoals in casu de herziening van de horizontale richtsnoeren.”*

- De openbaarmaking van de gevraagde documenten zou afbreuk doen aan het geheim van de beraadslagingen binnen het ECN waarbij de BMA betrokken is. De BMA steunt zich hiervoor in het bijzonder op artikel 27 van Verordening 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag [huidige artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)] (hierna: “Verordening 1/2003”). Dit artikel sluit de briefwisseling tussen de Europese Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of tussen die autoriteiten uit van de toegang tot het dossier voor de partijen die betrokken zijn in een mededingingsonderzoek.
- Het zou bovendien om louter interne documenten gaan (met name interne correspondentie en interne input van personeelsleden van de BMA), die door de BMA daarom als onvolledig of onafgewerkt beschouwd worden. Het gaat immers niet om het officiële, definitieve standpunt van de BMA zoals toegezonden aan de Europese Commissie.

1.4. Per e-mail van 13 november 2023 richt de aanvrager een verzoek tot heroverweging aan de BMA.

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

## **2. Betreffende de ontvankelijkheid van de vraag om advies**

2.1. De aanvrager heeft voldaan aan de vereiste van artikel 8, § 2, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: “de wet van 11 april 1994”) door het verzoek tot heroverweging aan de BMA en het verzoek om advies aan de Commissie gelijktijdig in te dienen.

## **3. Betreffende de grond van de zaak**

### *A. Inleiding*

3.1. 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).

### *B. Algemeen*

3.2. Het verzoek van de aanvrager moet slaan op bestuursdocumenten waarover een administratieve overheid beschikt.

3.2.1. Overeenkomstig artikel IV.16, §§ 1 en 9, van het Wetboek van Economisch Recht is de Belgische Mededingingsautoriteit een overheidsdienst met rechtspersoonlijkheid en beheersautonomie, en uitdrukkelijk gekwalificeerd als een administratieve overheid.

3.2.2. Het verzoek van de aanvrager betreft bestuursdocumenten waarover de BMA lijkt te beschikken.

### *C. Onderzoek van de uitzonderingsgronden*

3.3. De BMA beroept zich op artikel 6, § 1, 3°, artikel 6, § 2, 3°, en artikel 6, § 3, 1° van de wet van 11 april 1994 om de toegang tot de gevraagde documenten te weigeren.

Voor de toepassing van sommige van deze uitzonderingsgronden verwijst de BMA onder andere naar bepalingen van de Europese Verordening 1/2003.

Gelet op artikel 8, § 2, van de wet van 11 april 1994, heeft de Commissie slechts de bevoegdheid om advies te geven met betrekking tot de toepassing van de wet van 11 april 1994 en de uitzonderingen die voormelde wet voorziet. Aangezien de ingeroepen Europese bepalingen ook in het raamwerk van de wet van 11 april 1994 inzake de uitzonderingen op de openbaarheid gekaderd worden, kan de Commissie toch de betrokken Europese regelgeving *in casu* bij haar onderzoek betrekken. De Commissie steunt zich daarbij desgevallend ook op het beginsel van loyale samenwerking (cf. artikel 4, lid 3, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)), alsook op artikel 6, § 2, 2°, van de wet van 11 april 1994 (i.e. de geheimhoudingsplicht op basis van een bepaling met kracht van wet, d.w.z. met inbegrip van Europese verordeningen). De Commissie moet evenwel de betrokken bepalingen met de grootste voorzichtigheid en terughoudend interpreteren. De Commissie beschikt immers niet over de mogelijkheid om de interpretatie van de betrokken bepalingen, via een prejudiciële vraag, aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen.

#### *a. Betreffende artikel 6, § 1, 3°, van de wet van 11 april 1994*

3.4.1. De BMA is van oordeel dat de openbaarmaking van de gevraagde documenten niet opweegt tegen het belang van de federale internationale betrekkingen van België, met name de betrekkingen met de Europese Unie en de andere EU-lidstaten in het kader van het ECN en daarbuiten. De openbaarmaking zou het besluitvormingsproces en de goede werking van het ECN in het gedrag kunnen brengen, aangezien de BMA, de andere nationale mededingingsautoriteiten en de Europese Commissie niet vrijelijk hun mening zouden kunnen geven over kwesties zoals de herziening van de horizontale richtsnoeren.

3.4.2. Luidens artikel 6, § 1, 3°, van de wet van 11 april 1994 wijst een federale of niet-federale administratieve overheid 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 “de federale internationale betrekkingen van België”.

Deze uitzondering op het inzagerecht moet beperkend worden uitgelegd. Artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994 kan geen grondslag vormen om aan een bestuurde systematisch de inzage van documenten te weigeren, op grond van het loutere argument dat die informatie verband houdt met de federale internationale betrekkingen.

Een weigeringsbeslissing moet een specifieke en concrete reden aangeven met verwijzing naar de gegevens van de zaak waarom de openbaarmaking van de gevraagde briefwisseling de federale internationale betrekkingen van België zou schaden.

3.4.3. De door de BMA gegeven verantwoording is onvoldoende concreet. Een dergelijke motivering is immers te algemeen (nl. een open dialoog en vlotte samenwerking binnen het ECN en het belemmeren van het vrijelijk meedelen van standpunten) en zou zo ingeroepen kunnen worden voor een onbepaald aantal gevallen.

Meer in het bijzonder wordt nog niet voldoende gemotiveerd wat het daadwerkelijk risico voor de internationale relaties concreet inhoudt, en of dit risico redelijkerwijze voorzienbaar is en niet louter hypothetisch van aard. (Zie bijvoorbeeld ook Ger.EU van 25 april 2007, Case T-264-04, WWF v. Raad van de EU, § 41, aangaande een vergelijkbare uitzondering in verordening n° 1049/2001: in die zaak oordeelde het Gerecht dat een dergelijk risico wel afdoende werd gemotiveerd gelet op het feit dat onderhandelingen nog lopende waren en op een eerder moment ook effectief waren afgebroken ten gevolge van een vertrouwensbreuk).

Het enige concrete element dat *in casu* aangevoerd wordt, is dat één van de partners in het ECN, met name de Europese Commissie, aangegeven heeft dat de openbaarmaking van de gevraagde documenten het besluitvormingsproces van de ECN ondermijnen zou. Dit is echter niet voldoende. Er wordt immers niet duidelijk gemaakt dat de onderhandelingen of totstandkoming van de horizontale richtlijnen een

dermate conflict-gevoelig proces is dat de openbaarmaking van de gevraagde informatie werkelijk een impact zal hebben op de huidige relaties tussen de verschillende internationale actoren. Evenmin wordt duidelijk gemaakt dat de betrokken informatie in de vragenlijsten dermate delicaat en actueel is, dat de openbaarmaking tot een vertrouwensbreuk met de andere partners zou leiden.

De Commissie ziet *a priori* ook niet waarom de openbaarmaking van het officiële standpunt op Europees niveau van een Belgische instelling houdende een evaluatie en mogelijke herziening van een algemene regelgeving op zich van die aard zou zijn om de relaties met andere internationale actoren te ondermijnen. Het is in het kader van de totstandkoming van Europese regelgeving en richtsnoeren immers niet ongebruikelijk dat de lidstaten hun standpunten dienaangaande publiek maken, zonder dat dit tot een vertrouwensbreuk tussen hen leidt. Overigens, zoals de aanvrager ook opmerkt, lijkt de Nederlandse Mededingingsautoriteit haar officieel standpunt wel (minstens ten dele) gepubliceerd te hebben.

3.4.4. Wanneer een overheid zich wenst te beroepen op de uitzonderingsgrond bedoeld in artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994 dient bovendien een zorgvuldige belangenafweging te gebeuren, waarbij pas na een onderzoek van de concrete omstandigheden van de zaak kan worden vastgesteld of de openbaarmaking al dan niet opweegt tegen de bescherming van het beschermde belang. Het belang dat beschermd wordt door de uitzonderingsgrond moet niet worden afgewogen tegen het particulier belang van de aanvrager, maar tegen het algemeen belang dat gediend is met de openbaarmaking (RvS, 2 juni 2020, nr. 247.694). Met andere woorden: het volstaat niet om te motiveren dat de federale internationale betrekkingen daadwerkelijk schade ondervinden ten gevolge van de bekendmaking. Er moet daarenboven ook gemotiveerd worden dat die schade dermate ernstig is, dat hiervoor de toepassing van de fundamentele beginselen die aan de Belgische Grondwet ten grondslag liggen, moet wijken (Advies van 18 december 2017, nr. 2017-59).

*In casu* ontbreekt dergelijke concrete afweging. De BMA beperkt zich tot het standpunt dat haar betrekkingen met de Europese Commissie zwaarder doorwegen dan het algemeen belang van openbaarheid. Het lijkt evenwel moeilijk aanvaardbaar dat loutere opportuniteitsoverwegingen



vanwege internationale actoren zouden volstaan om aan een grondrecht voorbij te gaan, zeker gelet op het feit dat de opgevraagde documenten de totstandkoming van richtsnoeren met een algemene draagwijdte betreffen. Om op nuttige wijze de uitzonderingsgrond van artikel 6, § 1, 3° van de wet van 11 april 1994 in te roepen, moet de beslissing op dit punt nog aangevuld worden.

*b. Betreffende artikel 6, § 2, 3°, van de wet van 11 april 1994*

3.5.1. De BMA is van oordeel dat de openbaarmaking van de gevraagde documenten afbreuk zou doen aan het geheim van de beraadslagingen binnen het ECN.

De BMA verbindt dit ook met een wettelijke geheimhoudingsplicht voor de uitgewisselde informatie en besprekingen binnen het ECN gesteund op artikel 27 van Verordening 1/2003. Volgens de BMA zou de geheimhoudingsplicht in voormeld artikel slaan op alle informatie die binnen het ECN wordt uitgewisseld. Zij verwijst hiervoor ook naar het Arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 12 mei 2015, Zaak T 623/13, *Union de Almacenistas de Hierros*, en de Beslissing van de Europese Ombudsman in Zaak 1311/2018.

○ Algemeen

3.5.2. De uitzonderingsgrond in artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994 luidt als volgt:

*“Een federale of niet-federale administratieve overheid wijst de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument, die met toepassing van deze wet is gedaan, af, wanneer de openbaarmaking van het bestuursdocument afbreuk doet: [...] 3° 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.”*

3.5.3. Ten aanzien van deze uitzonderingsgrond wordt in de Memorie van Toelichting verduidelijkt dat de uitzonderingsgrond “*in die zin relatief is dat steeds moet beoordeeld worden of en in welke mate een beraadslaging*

*een geheim karakter heeft. Een beraadslaging die het voorwerp heeft uitgemaakt van een openbaarmaking (mededeling aan de Kamers, persconferentie enzovoort) kan inderdaad niet worden geacht geheim te zijn. Evengoed is het mogelijk dat een bepaald document op een gegeven moment niet kan openbaar gemaakt worden omdat daardoor het geheim karakter van een beraadslaging zou worden geschonden, terwijl dat niet meer het geval is op een later tijdstip en dus het bezwaar tegen de openbaarmaking vervalst. Er moet dus een beoordeling in concreto gebeuren. Wanneer geoordeeld wordt dat de betrokken beraadslaging geheim is, en dat de openbaarmaking van het gevraagde document afbreuk doet aan dit geheim karakter, moet de openbaarheid worden geweigerd” (Parl. St., Kamer, 1992- 1993, nr. 1112/1, pp. 16-17).*

Het doel van deze uitzonderingsgrond is te vermijden dat beraadslagingen met een geheim karakter door de openbaarmaking lam gelegd worden. Volgens het Grondwettelijk Hof doet die bepaling bovendien niet op onevenredige wijze afbreuk aan het recht van de rechtzoekenden op de openbaarheid van bestuursdocumenten. Zoals blijkt uit de voormelde parlementaire voorbereiding, kan die uitzonderingsgrond immers slechts worden aanvaard in zoverre de beraadslagingen van de betrokken organen een geheim karakter hebben en de openbaarmaking van het gevraagde document aan dat geheime karakter afbreuk dreigt te doen. Het loutere feit dat het geheime karakter van de beraadslagingen niet zou voortvloeien uit een wets- of decreetsbepaling maar in voorkomend geval slechts zou voortvloeien uit hun statuten, maakt de bestreden regeling niet zonder redelijke verantwoording (GwHof, 12 maart 2020, nr. 43/2020, B.42.2).

3.5.4. Deze uitzonderingsgrond beschermt bovendien niet het resultaat van een vertrouwelijke bespreking, maar wel de individuele opinies en standpunten die de deelnemers hebben ingenomen. De vaststelling van objectieve feiten kan niet worden beschouwd als de persoonlijke mening van een persoon die aan de beraadslagingen deelneemt.

3.5.5. Het woord ‘beraadslagingen’ moet begrepen worden in immateriële zin. Een document of een gedeelte ervan wordt met andere woorden aan de openbaarheid onttrokken wanneer, na afweging, blijkt dat de lectuur ervan de inhoud van de discussie tijdens een beraadslaging kenbaar maakt, terwijl het een vertrouwelijke discussie betref. (Parl. St. Kamer, 1992-1993, nr. 1112/1, 18-19)

### 3.5.6. Samengevat:

- Het moet gaan om beraadslagingen van de federale Regering, of van de verantwoordelijke overheden die afhangen van de federale uitvoerende macht, of om beraadslagingen waarbij een federale overheid betrokken is. “Beraadslagingen” omvatten alle elementen waaruit de inhoud van de discussie kan afgeleid worden (zie 3.5.7.).
- De administratieve overheid die de uitzonderingsgrond in artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994 inroept, moet *in concreto* motiveren dat de beraadslagingen effectief een geheim karakter hebben. (zie 3.5.8)
- Indien er enige tijd verstreken is of de situatie veranderd is, moet het administratief bestuur bovendien motiveren dat de beraadslagingen die destijds geheim waren, nog altijd geheim zijn en moeten blijven op het moment dat de uitzonderingsgrond in artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april 1994 ingeroepen wordt. (zie 3.5.9)
- Tot slot, worden alleen de individuele opinies en standpunten van de deelnemers aan de besprekingen, gedekt door de uitzonderingsgrond. Noch het resultaat van de besprekingen, noch de objectieve informatie uitgewisseld naar aanleiding van de besprekingen, valt onder de uitzondering. (zie 3.5.10)

- Toepassing

3.5.7. Hoewel het hier gaat om beraadslagingen op Europees niveau, wordt de betrokken uitzonderingsgrond *in casu* ingeroepen door de BMA in haar hoedanigheid van federale administratieve overheid die betrokken is bij beraadslagingen. De vragenlijsten en standpunten die zij in de context van de discussies overgemaakt heeft, kunnen beschouwd worden als een onderdeel van de beraadslagingen.

3.5.8. Niet elke beraadslaging is uit haar aard zelf geheim, zelf al worden er verschillende standpunten tijdens die beraadslagingen ingenomen (RvS, 15 april 2021, nr. 250.331). Het BMA moet *in concreto* aantonen of en in welke mate onderhavige “besprekingen” geheim van aard zijn.

3.5.8.1. In het schrijven van 6 oktober 2023 steunt de BMA het geheim van de beraadslagingen op artikel 27 van Verordening 1/2003. De BMA

sluit zo aan bij het standpunt van de Europese Commissie met betrekking tot een gelijkaardig verzoek om toegang.

Artikel 27, lid 1 en 2, van Verordening 1/2023 bepaalt het volgende:

*“Artikel 27: Het horen van partijen, klagers en derden*

*1. Alvorens een beschikking op grond van de artikelen 7, 8, 23 of artikel 24, lid 2, te geven, stelt de Commissie ondernemingen en ondernemersverenigingen die het voorwerp van haar procedure uitmaken in de gelegenheid hun standpunt ten aanzien van de door haar in aanmerking genomen bezwaren kenbaar te maken. De Commissie doet haar beschikkingen slechts steunen op de punten van bezwaar waarover de partijen opmerkingen hebben kunnen maken. De klagers worden nauw bij de procedure betrokken.*

*2. Het recht van verdediging van de partijen wordt in de loop van de procedure ten volle geëerbiedigd. De partijen hebben het recht tot inzage van het dossier van de Commissie, onder voorbehoud van het rechtmatige belang van de ondernemingen dat hun zakengeheimen niet aan de openbaarheid prijs worden gegeven. Het recht tot inzage van het dossier geldt niet voor vertrouwelijke inlichtingen en interne documenten van de Commissie of de mededingingsautoriteiten van de lidstaten. Met name geldt het recht tot inzage niet voor de briefwisseling tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten of tussen die autoriteiten, waaronder documenten opgesteld uit hoofde van de artikelen 11 en 14. Niets in dit lid belet de Commissie om voor het bewijs van een inbreuk noodzakelijke inlichtingen bekend te maken of te gebruiken.” (eigen onderlijning)*

Volgens de BMA geldt deze uitzondering op het recht tot inzage voor alle informatie die tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten is uitgewisseld, met inbegrip van alle informatie die in het ECN is uitgewisseld.

3.5.8.2. Vooreerst wenst de Commissie nogmaals te benadrukken dat uitzonderingen op het grondrecht van de openbaarheid beperkend geïnterpreteerd moeten worden. Daarbij is er op te wijzen dat het recht op inzage van bestuursdocumenten zowel een grondrecht op Belgisch niveau

(artikel 32 van de Grondwet) als op Europees niveau (artikel 15 VWEU en artikel 42 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie) is. Ook Overweging 37 van Verordening 1/2003 bevestigt dit: “*Deze verordening eerbiedigt de grondrechten en is in overeenstemming met de beginselen die met name erkend zijn in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Derhalve dient zij te worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met deze rechten en beginselen.*”

3.5.8.3. Op het eerste zicht lijken er aanwijzingen te zijn dat de geheimhouding van vergaderingen bedoeld in artikel 27 van de Verordening 1/2003 mogelijk niet de ruime draagwijdte heeft die de BMA eraan geeft.

De aanhef van artikel 27 van Verordening 1/2003 kadert de bepaling immers uitdrukkelijk in de context van “*het horen van partijen, klagers en derden*”. Ook lid 2 van artikel 27 van Verordening 1/2003 kadert het in die bepaling uitgewerkte (en ingeperkte) recht tot inzage van het dossier uitdrukkelijk in de concrete regeling van de rechten van de verdediging van partijen in de loop van een procedure (betreffende het opleggen van maatregelen in toepassing van artikel 101 en 102 van het VWEU). Het recht op inzage, alsook de beperkingen erop, zou bijgevolg louter kunnen slaan op het concreet aangelegde proceduredossier en op de concrete, individuele bewijzen, elementen en stukken op basis waarvan de betrokken ondernemingen door een bepaalde maatregel in toepassing van artikel 101 en 102 VWEU getroffen kunnen worden.

Voorts lijkt het Gerecht van de Europese Unie (Arrest van het Gerecht van de Europese Unie van 12 mei 2015, Zaak T 623/13, *Union de Almacenistas de Hierros*) het ingevoerde informatiemechanisme in artikel 27 van Verordening 1/2003 ook veeleer als een concretisering van de noodzaak om gevoelige, commerciële informatie en zakengeheimen in concrete dossiers te beschermen (overweging 61). Daarbij wijst het Gerecht er nog op dat voormeld algemeen vermoeden inzake de gevoelige aard van commerciële informatie er zich niet tegen verzet dat alsnog aangetoond kan worden dat een bepaald document waarvan openbaarmaking is gevraagd, niet onder dat vermoeden valt, of dat een hoger openbaar belang toch de openbaarmaking van dit document rechtvaardigt (overweging 66).

3.5.8.4. De BMA roept *in casu* het geheim van de beraadslaging in met betrekking tot informatie-uitwisseling die niet op concrete

inbreukprocedures of procedures tot het opleggen van maatregelen slaat. Gelet op het principe dat uitzonderingen op een grondrecht beperkend moeten geïnterpreteerd worden en gelet op een mogelijke, minder verregaande interpretatie van artikel 27 van de Verordening 1/2003, moet de BMA nog op meer afdoende wijze aantonen dat voormelde bepaling wel degelijk noodzakelijkerwijze ook de beraadslagingen en informatie-uitwisseling in het ECN aangaande de *in casu* opgevraagde informatie (van algemene aard) omvat. De omstandigheid dat het Gerecht van de Europese Unie van oordeel is dat de geheimhoudingsplicht in artikel 27 van de Verordening 1/2003 kan wijken voor een hoger openbaar belang (zoals het grondrecht op toegang tot bestuursdocumenten), verzwaart de motivatieplicht van de BMA.

3.5.9. Het is niet voldoende om aan te tonen dat de besprekingen op een bepaald moment een geheim karakter hadden. De *in concreto* beoordeling van het geheim karakter van de beraadslagingen moet daarenboven gebeuren op het moment dat de aanvraag ingediend wordt en rekening houden met de eventueel gewijzigde feitelijke omstandigheden. Het is immers mogelijk dat een bezwaar tegen de openbaarmaking van beraadslagingen omwille van hun geheim karakter op een later tijdstip te vervallen komt. Dit houdt eveneens verband met het onderzoek of het verlenen van toegang tot de gevraagde documenten al dan niet werkelijk afbreuk doet aan het geheim van de beraadslagingen.

Zowel uit de hierboven geciteerde parlementaire voorbereidingen bij de wet van 11 april 1994, zoals ook benadrukt door het Grondwettelijk Hof (GwH, 12 maart 2020, arrest 43/2020), als uit de rechtspraak van de Raad van State (RvS 8 januari 2004, nr. 126.943; RvS 14 juli 2014, nr. 228.066), en uit vaste adviespraktijk van de Commissie (zie bijvoorbeeld Advies van 18 mei 2020, nr. 2020-39), blijkt dat het BMA moet nagaan of en in welke mate er afbreuk wordt gedaan aan het geheim karakter van de beraadslagingen, onder andere rekening houdend met eventuele vaststellingen dat deelnemers aan een vergadering de inhoud van hun interventie openbaar gemaakt hebben. Hoe meer tijd er verstrijkt tussen de beraadslagingen en het verzoek om openbaarmaking, hoe groter de kans dat het geheim niet meer aan de orde is en, bijgevolg, hoe grondiger een weigering gemotiveerd moet worden.

Dit is een essentiële stap in de analyse. Om een weigering tot toegang van bestuursdocumenten te steunen op artikel 6, § 2, 3° van de wet van 11 april

1994 moet het BMA nog *in concreto* nagaan en aantonen dat het overmaken van de bestuursdocumenten afbreuk zou doen aan een effectief en vandaag nog steeds aan de orde zijnde geheim van beraadslagingen. De omstandigheid dat andere partijen hun standpunt reeds gepubliceerd hebben en dat deze publiek toegankelijk zijn, kan hierop mogelijk een impact hebben.

3.5.10. Alleen persoonlijke meningen vallen onder het geheim van de beraadslagingen, bedoeld in artikel 6, § 2, 3°, van de wet van 11 april 1994.

Gelet op de beschrijving van de opgevraagde documenten, lijkt het niet uitgesloten dat ook een aantal elementen uitgewisseld werden die niet als individuele opinies en standpunten van de deelnemers te beschouwen zijn, maar als vaststellingen van objectieve feiten. Zo kan een evaluatie of een impact-assessment van regelgeving en verordeningen op objectief cijfermateriaal steunen.

Bovendien lijkt ook een officieel standpunt van een federale administratieve overheid (*in casu* in de vorm van het officiële antwoord dat de BMA aan de Europese Commissie toegestuurd heeft) ook niet als een individuele opinie beschouwd te kunnen worden, zelfs al is die federale administratieve overheid op zich als een deelnemer aan de besprekingen te beschouwen.

Tenzij er nog bijkomend *in concreto* gemotiveerd wordt dat een andere uitzonderingsgrond uit de wet van 11 april 1994 op voormelde informatie van toepassing is, moet zij mee bekendgemaakt worden.

c. Betreffende artikel 6, § 3, 1°, van de wet van 11 april 1994

3.6.1. De BMA weigert de vraag ook op grond van artikel 6, § 3, 1°, van de wet van 11 april 1994.

3.6.2. Artikel 6, § 3, 1°, van de wet van 11 april 1994 luidt als volgt:

*“Een federale administratieve overheid mag een vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument afwijzen in de mate dat de vraag: 1° een bestuursdocument betreft*

*waarvan de openbaarmaking, om reden dat het document niet af of onvolledig is, tot misvatting aanleiding kan geven”.*

Deze uitzonderingsgrond kan niet zomaar worden ingeroepen. Dit kan pas wanneer voldaan is aan de cumulatieve vereisten die in de bepaling zijn opgenomen. Zo moet het wel degelijk gaan om onafgewerkte bestuursdocumenten. Verder moet het onafgewerkt karakter aanleiding geven tot misvatting. Bovendien gaat het om een uitzonderingsgrond met een facultatief karakter zodat een zwaardere motivering vereist is om af te kunnen wijken van de principiële openbaarheid van alle bestuursdocumenten. Tot slot heeft deze uitzonderingsgrond ook een relatief karakter wat inhoudt dat een belangenafweging vereist is tussen enerzijds het algemeen belang dat gediend is met de openbaarheid en anderzijds het beschermde belang.

Over de mogelijkheid om deze uitzonderingsgrond in te roepen heeft de Commissie trouwens een uitgebreid advies uit eigen beweging uitgewerkt (Advies van 8 oktober 2018, nr. 2018-105).

3.6.3. Een onafgewerkt of onvolledig document mag niet worden gelijkgesteld met een voorbereidend document. Dat een document een voorbereidend document is, vormt bijgevolg op zich geen reden om een aanvraag te weigeren van zodra dit document afgewerkt is. Ook het feit dat een administratieve overheid een bestuursdocument als een “intern document” kwalificeert, betekent niet dat het gaat om een onafgewerkt of onvolledig document. Het ogenblik waarop een document als ‘af’ kan worden beschouwd, vergt een feitelijke beoordeling en verschilt van document tot document.

Dat een bestuursdocument afgewerkt of volledig is, moet worden gezien als een uiting dat binnen een administratieve overheid of betrokken afdeling een document een traject heeft doorlopen dat leidt tot het standpunt van die administratie. Het feit dat de inhoud van een document nog vatbaar is voor wijziging of herziening ten gevolge van nieuwe factoren en elementen, belet niet dat het document als afgewerkt of als volledig kan worden beschouwd.

Documenten die de standpunten van de administratie weergeven en door de administratie zijn bekrachtigd, zijn voltooide documenten. Een andere duidelijke indicator van een voltooid document is het feit dat een



document een bepaalde administratie verlaat en aan een andere administratie wordt overgedragen.

Anderzijds is een document als niet afgewerkt of onvolledig te beschouwen wanneer binnen een organisatie aan het betrokken document nog steeds wordt gewerkt en wordt geoordeeld dat het document de organisatie nog niet kan verlaten, omdat het nog niet als het standpunt van de betrokken dienst of organisatie kan worden beschouwd. Dit is ook het geval wanneer een document door verschillende diensten wordt uitgewerkt en de verschillende diensten oordelen dat het document het gezamenlijk standpunt nog niet vertegenwoordigt.

3.6.4. In onderhavig geval, stelt de BMA dat enkel de officiële antwoorden die door de BMA aan de Europese Commissie toegezonden werden, het definitieve standpunt van de BMA weergeven. Interne, preliminaire documenten bevatten louter het standpunt van de individuele personeelsleden en kunnen aanleiding tot misverstanden geven.

De Commissie stelt vooreerst vast dat de ingeroepen uitzonderingsgrond in geen geval ingeroepen kan worden voor voormelde officiële antwoorden die al door de BMA aan de Europese Commissie overgemaakt zijn. Deze documenten moeten, voor wat betreft de BMA, als afgewerkt beschouwd worden, zelf al zullen zij nog het voorwerp uitmaken van verder onderzoek door de Europese Commissie.

Voorts wijst de Commissie erop dat de uitzondering inzake een document dat onaf of onvolledig is, enkel slaat op een individueel bestuursdocument. Deze uitzonderingsgrond kan niet gebruikt worden om een hele schakel aan documenten in het kader van een denkproces (zoals voorbereidende adviezen of e-mails) per definitie van de openbaarheid uit te sluiten. Deze interpretatie zou immers tot gevolg hebben dat enkel een eindbeslissing bekendgemaakt zou kunnen worden en dat het begrip “bestuursdocument” zou worden verengd tot “bestuursbeslissingen”, met uitsluiting van onder meer adviezen. Die interpretatie vindt geen steun in de wet. De wetgever is er immers van uitgegaan dat niet enkel de beslissingen, maar evenzeer de voorbereidende documenten die aan een beslissing ten grondslag liggen, door het begrip “bestuursdocument” worden gevat (Vergelijk: Advies van 18 mei 2020, nr. 2020-40). Zo kan de BMA desgevallend (mits aan de andere voorwaarden is voldaan, zie volgend randnummer) wel eerdere ontwerpen of werkversies van

eenzelfde einddocument beschouwen als een versie die onaf of onvolledig is. Adviezen, e-mails, verslagen van vergaderingen aangaande voormeld einddocument zijn daarentegen als afzonderlijke bestuursdocumenten te beschouwen en moeten elk op zich beoordeeld worden in het licht van de ingeroepen uitzonderingsgrond.

3.6.5. Bovendien is het feit dat de documenten een bron van misverstanden kunnen zijn, een cumulatieve vereiste om de inzage te weigeren.

Naar het oordeel van de Commissie moet, *in casu*, bij de beoordeling van dit risico rekening gehouden worden met de omstandigheid dat de ingevulde vragenlijsten reeds officieel aan de Europese Commissie overgemaakt zijn. Het is bijgevolg voldoende duidelijk wat het officiële standpunt van de BMA is. Het feit dat ook de inhoud van eerdere, voorbereidende discussies en adviezen bekend gemaakt worden, is normaliter niet van aard om twijfel te doen ontstaan over dit standpunt.

Indien de BMA zich alsnog op onderhavige uitzonderingsgrond wenst te beroepen, zal zij dan ook extra moeten motiveren waarom er *in casu* toch nog mogelijke misverstanden kunnen rijzen door het meedelen van de interne briefwisseling, niettegenstaande het bestaan van een officieel standpunt, en niettegenstaande, indien nodig, enige bijkomende waarschuwing of informatie ter attentie van de aanvrager.

3.6.6. Bijgevolg is de Commissie van mening dat artikel 6, § 3, 1° van de wet van 11 april 1994 niet kan worden gebruikt als basis voor de weigering om het document in deze zaak openbaar te maken.

#### *D. Slotopmerking*

3.7. De Commissie wenst tot slot nog te wijzen op het principe van de gedeeltelijke openbaarheid. Dit houdt in dat enkel informatie in een bestuursdocument die onder een uitzonderingsgrond valt, aan de openbaarheid kan worden onttrokken. De andere informatie in het bestuursdocument moet evenwel openbaar worden gemaakt.

Brussel, 6 december 2023

I. DELHEZ  
Vervangend secretaris

L. DONNAY  
Voorzitter