RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 229.828 van 16 januari 2015
in de zaak A. 210.385/XII-7479

In zake: de CVBA GERHANKO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. het VLAAMSE GEWEST
2. de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 oktober 2013, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie d.d. 2 augustus 2013 waarbij het administratief beroep ingesteld door cvba Gerhanko tegen de gedeeltelijke weigeringsbeslissing van de gemeente Ingelmunster d.d. 10 juni 2013, alsook tegen de ontstentenis van beslissing van de gemeente Ingelmunster m.b.t. het ingediende verzoek d.d. 20 juni 2013, ontvankelijk doch ongegrond wordt verklaard".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 november 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Aline Heyrman, die loco advocaat Rika Heijse verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 27 juli 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Ingelmunster om de opdracht “debiteurenbeheer openstaande vorderingen via deurwaarder” te gunnen aan de bvba Dikaioma.

De verzoekende partij dient op 28 september 2012 een beroep tot vernietiging van deze beslissing in bij de Raad van State.

Op 30 november 2012 beslist het college de gunningsbeslissing in te trekken en af te zien van het uitschrijven van een nieuwe gunningsprocedure.

Met arrest nr. 222.573 van 21 februari 2013 verwerpt de Raad van State het beroep gelet op de intrekking.

3.2. Op 27 mei 2013 dient de verzoekende partij een aanvraag in bij de gemeente Ingelmunster om op grond van het decreet van 26 maart 2004 'betreffende de openbaarheid van bestuur' afschrift te krijgen van de volgende bestuursdocumenten:

> "- de e-mail van de heer [D.R.], gemeentesecretaris, aan de bvba Dikaioma met als onderwerp 'Verzoekschrift tot nietigverklaring van de beslissing van het schepencollege van Ingelmunster van 27 juli 2012', en met verzoek tot berusting in de intrekking van de gunningsbeslissing van het schepencollege van Ingelmunster van 27 juli 2012 (waarop het gerechtsdeurwaarderskantoor Dikaioma bij e-mail van 26 november 2012 heeft geantwoord […]);
>
> - alle briefwisseling, beslissingen dan wel overeenkomsten die betrekking hebben op de totstandkoming dan wel de uitvoering, dan wel de beëindiging van de overeenkomst met het gerechtsdeurwaarderskantoor Dikaioma naar aanleiding van de gunningsbeslissing van 27 juli 2012 betreffende de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking 'Debiteurenbeheer openstaande vorderingen via deurwaarder' (ref.2012-020 en contractsluiting op 30.06.2012).
>
> - alle documenten, briefwisseling, uitnodigingen tot indienen van offerte, gunningsverslagen en (gunnings)beslissingen alsook alle overeenkomsten dan wel facturen die betrekking hebben op alle invorderingsopdrachten die sinds 27 juli 2012 door de gemeente Ingelmunster zijn toegewezen aan gerechtsdeurwaarderskantoren, innings- of incassobureaus voor het stellen van invorderingshandelingen betreffende openstaande vorderingen van de gemeente Ingelmunster."

3.3. Op 28 mei 2013 beantwoordt de gemeentesecretaris per e-mailbericht deze vraag als volgt:

> "Uw aanvraag werd in goede orde ontvangen en zal worden behandeld overeenkomstig het Decreet Openbaarheid van Bestuur. Binnen de 15 dagen mag u hierop een antwoord verwachten."

3.4. De toegang wordt op 10 juni 2013 gedeeltelijk toegestaan om volgende redenen:

> "Wat uw vraag betreft kan ik het volgende meedelen:
>
> • U vraagt afschrift van een e-mailbericht [van 27 juli 2012] dat door mij werd verstuurd aan Dikaioma, waarop Dikaioma op 26 november 2012 zou hebben geantwoord.
>
> Een afschrift van dit bericht kan u niet worden verstrekt aangezien dit e-mailbericht werd vernietigd bij de archivering van het dossier naar aanleiding van de procedure Gerhanko vs. gemeente Ingelmunster voor de Raad van State, u wel bekend.
>
> • U vraagt afschrift van alle briefwisseling, beslissingen dan wel overeenkomsten met betrekking tot de door Gerhanko betwiste gunning van 27 juli 2012.
>
> Andere documenten dan deze die in het administratief dossier voor de Raad van State staken, zijn er niet
>
> • U vraagt afschrift van alle documenten, briefwisseling, uitnodiging tot indienen van offerte, gunningsverslagen en (gunnings)beslissingen alsook alle overeenkomsten dan wel facturen die betrekking hebben op invorderingsopdrachten die sinds 27 juli 2012 door de gemeente Ingelmunster zijn toegewezen.
>
> Bijgevoegd vindt u een afschrift van 6 facturen. Om reden van privacy en het beschermen van commerciële belangen zijn onderdelen van de facturen onleesbaar gemaakt.
>
> Aangezien er geen papieren kopie wordt bijgehouden van verstuurde dwangschriften (deze dwangschriften worden wel als record bijgehouden in de financiële databank van de gemeente), kunt u hiervan geen afschrift bekomen. Ik kan wel meedelen dat in de gevraagde periode volgende dwangschriften werden overgemaakt aan Dikaioma

o Op 23 augustus 2012 - 66 dwangschriften milieubelasting
o Op 17 oktober 2012 - 9 dwangschriften niet-fiscale invorderingen
o Op 11 december 2012 - 2 dwangschriften heffing op leegstand- en verkrotting
o Op 22 januari 2013 - 3 dwangschriften niet-fiscale invorderingen
o Op 31 januari 2013 - 5 dwangschriften heffing op leegstand- en verkrotting
o Op 1 februari 2013 - 1 dwangschrift milieubelasting
o Op 5 maart 2013 - 1 dwangschrift niet-fiscale invorderingen
o Op 29 april 2013 - 5 dwangschriften heffing op leegstand- en verkrotting

Andere documenten dan de vermelde, zijn er niet."

3.5. In een e-mail van 20 juni 2013 van de verzoekende partij aan de gemeentesecretaris wordt nogmaals gevraagd de e-mail van 27 juli 2012 op te vragen bij de bvba Dikaioma:

"Geachte heer [R.],

Ik verwijs naar uw onderstaande e-mail.

Is het elektronische bestand van volgende e-mailuitwisseling nog beschikbaar:
- de e-mail van de heer [D.R.], gemeentesecretaris, aan de bvba Dikaioma met als onderwerp 'Verzoekschrift tot nietigverklaring van de beslissing van het schepencollege van Ingelmunster van 27 juli 2012', en met verzoek tot berusting in de intrekking van de gunningsbeslissing van het schepencollege van Ingelmunster van 27 juli 2012 (waarop het gerechtsdeurwaarderskantoor Dikaioma bij e-mail van 26 november 2012 heeft geantwoord - zie stuk 2 van dossier 2 van de procedure bij de Raad van State);

Zoniet, mag ik u vriendelijk verzoeken om een kopie van de e-mailuitwisseling of om het elektronische bestand zelf op te vragen bij Dikaioma ?

Ik zou u dank weten om mij tegen uiterlijk 28.06.2013 te willen antwoorden zodat er eventueel nog tijdig een beroep kan worden ingesteld bij de Beroepsinstantie inzake Openbaarheid van Bestuur.

Voor zoveel als nodig, beroep ik mij voor deze vraag op de openbaarheid van bestuur.

Ik dank u de goede ontvangst van deze e-mail te willen bevestigen."

3.6. Er wordt geen ontvangstbevestiging van deze e-mail gestuurd en de gemeentesecretaris van de gemeente Ingelmunster laat een telefonische boodschap achter op het antwoordapparaat van de raadsvrouw van de verzoekende partij met het verzoek om terug telefonisch contact op te nemen.

3.7. Bij e-mail van 26 juni 2013 wordt de volgende e-mail aan de gemeentesecretaris verstuurd:

> "Geachte heer [R.],
>
> Behoudens mijn vergissing mocht ik geen ontvangstbevestiging van onderstaande e-mail ontvangen.
> Aansluitend op uw telefonisch bericht op mijn antwoordapparaat om u terug te bellen, probeerde ik u deze namiddag te bereiken.
> Mag ik u vragen om tegen 28.06.2013 de gevraagde informatie te willen meedelen ?
>
> Met dank bij voorbaat om de goede ontvangst van deze e-mail per kerende te willen bevestigen."

3.8. Er wordt geen ontvangstbevestiging verstuurd.

3.9. De verzoekende partij tekent met een brief van 10 juli 2013 beroep aan bij de "Beroepsinstantie inzake Openbaarheid van Bestuur en Hergebruik van Overheidsinformatie, Afdeling Openbaarheid van Bestuur", tegen de volgende beslissingen:

> "- de beslissing van 10 juni 2013 houdende weigering van mededeling van de e-mail van de heer [D.R.], gemeentesecretaris, aan de bvba Dikaioma met als onderwerp 'Verzoekschrift tot nietigverklaring van de beslissing van het schepencollege van Ingelmunster van 27 juli 2012', en met verzoek tot berusting in de intrekking van de gunningsbeslissing van het schepencollege van Ingelmunster van 27 juli 2012 (waarop het gerechtsdeurwaarderskantoor Dikaioma bij e-mail van 26 november 2012 heeft geantwoord)
> - het uitblijven van een beslissing in antwoord op de bijkomende vraag van 20 juni 2013 tot mededeling met alle mogelijke middelen van de e-mail van de heer [D.R.], gemeentesecretaris, aan de bvba Dikaioma met als onderwerp 'Verzoekschrift tot nietigverklaring van de beslissing van het schepencollege van Ingelmunster van 27 juli 2012', en met verzoek tot berusting in de intrekking van de gunningsbeslissing van het schepen-

college van Ingelmunster van 27 juli 2012 (waarop het gerechts-deurwaarderskantoor Dikaioma bij e-mail van 26 november 2012 heeft geantwoord)."

Zij vraagt aan de beroepsinstantie:

"- het huidige beroep ontvankelijk en gegrond te verklaren,
- dienvolgens te bevelen dat
- de gemeente Ingelmunster een afschrift van het elektronisch bestand dan wel de papieren drager waarop het bestand is afgedrukt aan verzoekster moet meedelen,
- de gemeente Ingelmunster het elektronische bestand bij de betrokken personen moet opvragen, te weten, de verzender, de heer [A.D.] van de onderneming Dikaioma en de tweede persoon die de e-mail heeft ontvangen, met name [K.] die in cc was geplaatst, en een afschrift ervan aan verzoekster moet meedelen."

3.10. Het beroep wordt op 2 augustus 2013 ontvankelijk doch ongegrond verklaard. De bepalende overwegingen wat de grond van de zaak betreft zijn de volgende:

"Overwegende dat in overeenstemming met artikel 7, tweede lid van het decreet van 26 maart 2004 het recht op passieve openbaarheid betrekking heeft op bestuursdocumenten; dat op grond van deze bepaling elke instantie in principe verplicht is aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten;
Overwegende dat de openbaarmaking slechts kan geweigerd worden mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingsgronden, zoals gestipuleerd in de artikelen 11 tot en met 15 van het decreet van 26 maart 2004;
Overwegende dat de advocaat van de cvba Gerhanko met haar oorspronkelijk verzoek een afschrift heeft gevraagd van een aantal documenten in verband met een beslissing van het schepencollege van de gemeente Ingelmunster d.d. 27 juli 2012 inzake de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking 'debiteurenbeheer openstaande vorderingen via deurwaarder' en het annulatieberoep dat werd ingesteld door Gerhanko tegen de gunningsbeslissing in dat dossier, waarbij de opdracht werd gegund aan de firma Dikaioma;
Overwegende dat de gemeente Ingelmunster op 10 juni 2013 aan verzoeker heeft meegedeeld dat er geen afschrift kon worden bezorgd van een e-mailbericht dat door de gemeentesecretaris van de gemeente Ingelmunster werd verzonden aan Dikaioma (waarop deze zou geantwoord hebben op 26 november 2012), met als onderwerp

‘verzoekschrift tot nietigverklaring van beslissing van schepencollege van Ingelmunster d.d. 27 juli 2012, met het verzoek tot berusting in de intrekking van de gunningsbeslissing; dat dit e-mailbericht werd vernietigd bij de archivering van het dossier naar aanleiding van de procedure bij de Raad van State tussen Gerhanko en de gemeente Ingelmunster;
Overwegende dat de gemeente Ingelmunster in zijn beslissing d.d. 10 juni 2013 ook verder aangeeft dat er geen andere bestuursdocumenten zijn dan diegene die werden neergelegd in het administratief dossier bij de Raad van State; dat er voorts ook nog een afschrift werd toegestuurd van zes facturen ivm. invorderingsopdrachten die sinds 27 juli 2012 door de gemeente Ingelmunster zijn toegewezen, alsook een overzicht van de dwangschriften die werden overgemaakt aan Dikaioma in diezelfde gevraagde periode;
Overwegende dat de advocaat van de cvba Gerhanko daarop met een mail van 20 juni 2013 aan de gemeentesecretaris van Ingelmunster nogmaals heeft gevraagd naar het bestaan van de e-mail van de gemeentesecretaris aan de bvba Dikaioma (zoals hiervoor omschreven), en waarbij ook wordt gevraagd aan de gemeentesecretaris om een kopie van die bewuste e-mail zelf ook op te vragen bij de firma Dikaioma, daarbij ook verwijzend naar de toepassing van het openbaarheidsdecreet;
Overwegende dat het ingediende beroepschrift van de advocaat van de cvba Gerhanko zich beperkt tot de beslissing van de gemeente Ingelmunster d.d. 10 juni 2013 tot weigering van mededeling van de bewuste e-mail van de gemeentesecretaris aan de bvba Dikaioma, alsook tegen de ontstentenis van beslissing met betrekking tot het verzoek om de e-mail op te vragen bij de bvba Dikaioma;
Overwegende dat uit het onderzoek door de beroepsinstantie is gebleken dat de gevraagde e-mail van de gemeentesecretaris aan de bvba Dikaioma inderdaad werd vernietigd bij de archivering van het dossier naar aanleiding van de uitspraak door de Raad van State in de procedure tussen Gerhanko en de gemeente Ingelmunster; dat de reden van de vernietiging van die mail ligt in het feit dat in dat bericht geen enkel informatie aanwezig was met enig belang voor dat dossier; dat het bewuste e-mail bericht eigenlijk een bevestiging was van de inhoud van een telefoongesprek dat had plaatsgevonden; dat de gemeente nog argumenteert dat de opgevraagde e-mail mede daarom ook niet werd opgenomen in het administratief dossier bij de Raad van State en dat tijdens die procedure geen enkele vraag werd gesteld om die aan het dossier toe te voegen, waarna de bewuste e-mail werd tenietgedaan bij de archivering van het desbetreffende dossier;
Overwegende dat een bestuursdocument in artikel 3, 4° van het Decreet Openbaarheid gedefinieerd wordt als de drager, in welke vorm ook, van informatie waarover een instantie beschikt; dat het recht op openbaarheid aldus maar kan worden uitgeoefend voor zover het gaat om informatie die gematerialiseerd werd op een drager; dat in casu moet worden vastgesteld door de beroepsinstantie dat het opgevraagde document niet in het bezit is van de gemeente Ingelmunster en er daarom ook geen afschrift kan van

verleend worden: dat het ingestelde beroep, wat dit onderdeel betreft, dan ook als ongegrond moet worden beschouwd;
Overwegende dat de beroepsinstantie voorts van oordeel is, in tegenstelling tot wat verzoeker beweert in het beroepschrift, dat het decreet betreffende de openbaarheid van bestuur nergens de verplichting inhoudt voor een bestuursinstantie om een afschrift van een of ander document te gaan opvragen bij een derde; dat het openbaarheidsdecreet enkel de verplichting oplegt om de gewenste bestuursdocumenten openbaar te maken, waarbij het begrip bestuursdocument in artikel 3, 4° van dat decreet wordt gedefinieerd als: de drager, in welke vorm ook, van informatie *waarover een instantie beschikt*; dat een bestuursinstantie dus zeker niet de verplichting heeft om een document, dat ze zelf niet in haar bezit heeft, te gaan opvragen bij een derde; dat de behulpzaamheids-verplichting die is voorzien in artikel 7 van het openbaarheidsdecreet zeker niet als dusdanig mag worden geïnterpreteerd; dat het ingestelde beroep, wat dit onderdeel betreft, dan ook als ongegrond moet worden beschouwd."

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4.1. De verzoekende partij voert de schending aan van:

"- Artikel 32 Grondwet houdende het recht op toegang tot bestuursdocumenten op verzoek.
- De artikelen 11, 13 en 14 van het Decreet van 16 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur houdende uitzonderingsgronden op de openbaarmakingsplicht;
- De artikelen 7, 17 en 20 van het Decreet van 16 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur houdende de behulpzaamheidsplicht;
- De beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht;
Doordat de verwerende partij weigert instructie te geven aan de gemeente om de gevraagde bestuursdocumenten mee te delen;
Terwijl de verwerende partij, noch de gemeente Ingelmunster, zich op een uitsluitingsgrond ex artikelen 11, 13 en 14 van het Decreet van 16 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur beroepen om de weigering te verantwoorden;

> Terwijl de personeelsleden van bestuursinstanties op grond van de artikelen 7, 17 en 20 van het Decreet van 16 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur verplicht zijn om ieder natuurlijk persoon, rechtspersoon of groepering die informatie zoekt waarover bestuursinstanties beschikken, hierbij behulpzaam te zijn;
> Zodat de weigering van de gemeente om de gevraagde bestuurs-documenten mee te delen en de weigering om bij belanghebbende derden, die hier ook over beschikken, de gevraagde bestuursdocumenten op te vragen niet zorgvuldig is en in strijd is met de wetgeving openbaarheid van bestuur."

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij in essentie op dat de weigering om de gevraagde bestuursdocumenten bij bvba Dikaioma, namelijk bij de natuurlijke personen A.D. of K., op te vragen onzorgvuldig is en in strijd met het decreet van 26 maart 2004 'betreffende de openbaarheid van bestuur'. Artikel 7 van dit decreet bepaalt dat de bestuurs-instanties verplicht zijn ieder persoon die informatie zoekt behulpzaam te zijn. "De behulpzaamheid kan er tevens in bestaan om het gevraagde bestuurs-document op te vragen bij de oorspronkelijke verzender van het document wanneer door de eigen onzorgvuldigheid van de bestuursinstantie het bestuurs-document is vernietigd." Overigens, zo vervolgt de verzoekende partij, bepaalt artikel 17, § 3, van dit decreet dat wanneer de instantie het bestuursdocument niet in haar bezit heeft, zij de aanvraag zo spoedig mogelijk doorstuurt naar de instantie die het document vermoedelijk in haar bezit heeft. De omstandigheid dat de gemeente zelf het document in haar bezit heeft vernietigd en dit zonder wettige reden, is een onzorgvuldigheid die de verplichting inhoudt om het maximale te doen om haar fout recht te zetten. De gemeente en de verwerende partij hebben geen enkele verantwoording gegeven voor het niet opvragen van de bewuste e-mail bij de bvba Dikaioma.

4.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij geen enkele inspanning heeft gedaan om een onderzoek te voeren naar het al dan niet bestaan van het kwestieuze bestuurs-document; zij had minstens de bvba Dikaioma in de zaak moeten betrekken.

De beroepsinstantie neemt een beslissing die weliswaar in de plaats komt van die van de gemeente, doch dit houdt niet in dat de beroepsinstantie de beweringen van de gemeente "klakkeloos" moet overnemen. Het is onjuist dat er enkel een behulpzaamheidsplicht zou zijn voor een document waarover een instantie beschikt. Het toelaten dat de openbaarheid stopt op het ogenblik dat een document bij een instantie vernietigd is, zet trouwens de deur open voor misbruiken. De gemeente en de beroepsinstantie hadden het e-mailverkeer dan ook moet opvragen bij de correspondent van de gemeente, namelijk de bvba Dikaioma.

4.3. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat de afwijzing van de openbaarheid van een bestuursdocument enkel mag worden gesteund op de uitzonderingen van de artikelen 11, 13 en 14 van het voormelde decreet en dat te dezen geen van die uitzonderingen van toepassing zijn.

Beoordeling

5.1. De beroepsinstantie heeft het beroep tegen de weigering van de gemeente tot mededeling van de bedoelde e-mail ongegrond verklaard op basis van artikel 3, 4°, van het voormeld decreet van 26 maart 2004 inzake de definitie van de drager van informatie, waaraan het bedoelde e-mailbericht niet voldeed aangezien het niet in het bezit was van de gemeente doordat "uit het onderzoek door de beroepsinstantie is gebleken dat de gevraagde e-mail inderdaad werd vernietigd bij de archivering van het dossier naar aanleiding van de uitspraak door de Raad van State in de procedure tussen Gerhanko en de gemeente Ingelmunster". Er is dan ook geen toepassing gemaakt van decretale uitzonderingen op de openbaarheid, zoals vervat in de artikelen 11 tot en met 15 van dit decreet. Het aanvoeren van de schending van de artikelen 11, 13 en 14 van voormeld decreet is derhalve niet relevant.

5.2. In zoverre het middel gericht is tegen de beslissing van de gemeente, is het onontvankelijk aangezien, zoals de verzoekende partij erkent, de

beslissing van de beroepsinstantie in de plaats gekomen is van die van de gemeente.

5.3. Uit de bestreden beslissing blijkt dat de beroepsinstantie een onderzoek heeft ingesteld naar het e-maildocument bij de gemeente en heeft vastgesteld dat het effectief vernietigd werd. De verzoekende partij betwist hier dit feitelijk gegeven niet.

5.4. Wat de grief betreft inzake de plicht tot behulpzaamheid ten aanzien van een informatieaanvrager en die gericht is tegen het ongegrond verklaren van het beroep tegen de ontstentenis van beslissing met betrekking tot het verzoek om de e-mail op te vragen bij de bvba Dikaioma, wordt vastgesteld dat de beroepsinstantie haar beslissing gegrond heeft op de artikelen 3, 4°, *juncto* 7 van voormeld decreet.

De beroepsinstantie oordeelde terecht dat artikel 7 van voormeld decreet niet zo mag worden geïnterpreteerd dat de plicht tot behulpzaamheid zou inhouden dat een bestuursinstantie een document dient te gaan opvragen bij een derde, hier de bvba Dikaioma. De verwerende partij stelt ook terecht in haar memorie van antwoord dat de bvba Dikaioma – of de twee kwestieuze natuurlijke personen met haar verbonden – in de zin van voormeld decreet geen bestuursinstantie is. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat er een schending is van de plicht tot behulpzaamheid of van de plicht tot doorzending.

5.5. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. De verzoekende partij voert de schending aan van:

"- Artikel 5 en 12 van het Decreet van 9 juli 2010 betreffende de bestuurlijk-administratieve archiefwerking;
- De zorgvuldigheidsplicht in het kader van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel;
- De artikelen 7, 17 en 20 van het Decreet van 16 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur;
Doordat de gemeente Ingelmunster de gevraagde bestuursdocumenten onmiddellijk heeft vernietigd na de beëindiging van de beroepsprocedure tot nietigverklaring bij de Raad van State;
Terwijl een zorgvuldig bestuur gedurende een relevante periode haar bestuursdocumenten dient te bewaren;
Terwijl een gemeente gedurende een periode van 5 jaar na de datum van het schadeverwekkend feit of haar schadeverwekkend handelen, gedagvaard kan worden voor de burgerlijke rechtbank in betaling van een schadevergoeding wegens het verlies van een kans in hoofde van de uitgewonnen inschrijvers op het bekomen van een gunningsopdracht (artikel 2262bis tweede lid B.W.).
Zodat het ontnemen door de verwerende partij en de gemeente Ingelmunster van de mogelijkheid voor verzoekende partij om minstens gedurende deze periode de relevante bestuursdocumenten met betrekking tot een gunningsprocedure te raadplegen onzorgvuldig is en in strijd met de wetgeving betreffende de openbaarheid van bestuur, alsook de wetgeving betreffende de bestuurlijk-administratieve archiefwerking."

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat volgens artikel 5 van het decreet van 9 juli 2010 'betreffende de bestuurlijk-administratieve archiefwerking' elke zorgdrager de archiefzorg draagt over de hem berustende archiefdocumenten. De gemeente heeft door de gevraagde documenten te vernietigen de zorgvuldigheidsplicht, "de wetgeving openbaar bestuur" en "de wetgeving betreffende de bestuurlijke-administratieve archief-verwerking" geschonden.

6.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij onder meer op dat de beroepsinstantie, in tegenstelling tot wat de verwerende partij beweert, wel degelijk bevoegd is om de al dan niet schending door de gemeente van het voormelde decreet van 9 juli 2010 te beoordelen. Voorts mag de verzoekende partij ook aan de verwerende partij de vernietiging van het e-mailbericht in strijd met onder meer het zorgvuldigheidsbeginsel verwijten aangezien zij in de plaats is gekomen van de gemeente en het handelen van de gemeente heeft bevestigd. Hoe dan ook, zo besluit de verzoekende partij,

had de beroepsinstantie zich kritisch moeten opstellen tegenover de handelwijze van de gemeente en haar reden om het e-mailbericht te vernietigen.

6.3. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat "de handeling die wordt geviseerd […] de vernietiging [is] door de gemeente van relevante bestuursdocumenten". De beroepsinstantie is in de fout gegaan door deze vernietiging simpelweg als feit te aanvaarden zonder er gevolgen aan te verbinden tenzij het uitsluiten van "de toepasbaarheid van de Openbaarheids-regelgeving".

Beoordeling

7. De verzoekende partij voert in haar middel in hoofdorde aan dat de gemeente ten onrechte het e-mailbericht heeft vernietigd. De al dan niet onwettigheid van deze handelwijze van de gemeente is echter op zich vreemd aan het onderzoek en de beoordeling die de beroepsinstantie moet voeren binnen het raam van het voormelde decreet van 26 maart 2004. Het feit dat de gemeente overging tot de vernietiging van het e-mailbericht kan in strijd zijn met de door de verzoekende partij aangevoerde geschonden geachte rechtsregels doch vaststelling en sanctionering daarvan gaan het kader van de huidige betwisting te buiten.

De in de memorie van wederantwoord door de verzoekende partij aangebrachte wending in het middel door de vernietiging te betrekken op de beroepsinstantie zelf geeft, voor zover al dienstig, het middel een essentieel nieuwe invulling die het kader van het middel zoals aangevoerd in het inleidend verzoekschrift te buiten gaat.

Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van

> "De beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid van het beginsel inzake de materiële motiveringsplicht
> Doordat de beroepsinstantie op grond van niet draagkrachtige elementen het bezwaarschrift afwijst als ongegrond,
> Terwijl een zorgvuldig bestuur aan de hand van in correcte en pertinente feiten en juridisch materieel draagkrachtige argumenten haar beslissingen moet onderbouwen,
> Terwijl in casu de beroepsinstantie niet voldoet aan de materiële motiveringsplicht nu zij niet-draagkrachtige cirkelredeneringen maakt steunende op de volgende elementen :
> - de secretaris heeft niet onzorgvuldig gehandeld door onmiddellijk 'bij de archivering van het dossier' de documenten te vernietigen omdat er in de kwestieuze e-mail geen enkele informatie aanwezig was met enig belang voor het dossier,
> - de beroepscommissie oordeelt zonder kennis te hebben van de werkelijke inhoud van de gevraagde e-mail en gaat louter voort op de verklaringen van de gemeente Ingelmunster, die op geen enkele wijze concreet worden getoetst naar waarachtigheid,
> - de beroepsinstantie oordeelt dat de vernietiging van een bestuursdocument redelijk lijkt nu de gevraagde e-mail niet aan het administratief dossier was toegevoegd (wegens niet relevant) en omdat tijdens de procedure voor de Raad van State door Gerhanko niet uitdrukkelijk is gevraagd naar mededeling van de gewraakte e-mail,
> - de beroepsinstantie oordeelt dat als er geen materialiseerde informatie meer is (lees papieren versie van de gevraagde e-mail bestaat niet meer), er ook geen recht op openbaarheid zou bestaan.
> Zodat het de genomen beslissing is niet draagkrachtig gemotiveerd is."

In de toelichting bij het middel betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing in zoverre ze steunt op de overwegingen dat "dat uit het onderzoek door de beroepsinstantie is gebleken dat de gevraagde e-mail van de gemeentesecretaris aan de bvba Dikaioma inderdaad werd vernietigd bij de archivering van het dossier naar aanleiding van de uitspraak door de Raad van State in de procedure tussen Gerhanko en de gemeente Ingelmunster; dat de reden van de vernietiging van die mail ligt in het feit dat in dat bericht geen enkele

informatie aanwezig was met enig belang voor dat dossier; dat het bewuste e-mailbericht eigenlijk een bevestiging was van de inhoud van een telefoongesprek dat had plaatsgevonden; dat de gemeente nog argumenteert dat de opgevraagde e-mail mede daarom ook niet werd opgenomen in het administratief dossier bij de Raad van State en dat tijdens die procedure geen enkele vraag werd gesteld om die aan het dossier toe te voegen, waarna de bewuste e-mail werd tenietgedaan bij de archivering van het desbetreffende dossier", niet draagkrachtig is en bekritiseert ze één voor één.

Ook de overweging in de bestreden beslissingen "dat een bestuursdocument in artikel 3, 4° van het Decreet Openbaarheid gedefinieerd wordt als de drager, in welke vorm ook, van informatie waarover een instantie beschikt; dat het recht op openbaarheid aldus maar kan worden uitgeoefend voor zover het gaat om informatie die gematerialiseerd werd op een drager; dat in casu moet worden vastgesteld door de beroepsinstantie dat het opgevraagde document niet in het bezit is van de gemeente Ingelmunster en er daarom ook geen afschrift kan van verleend worden: dat het ingestelde beroep, wat dit onderdeel betreft, dan ook als ongegrond moet worden beschouwd" bekritiseert de verzoekende partij als niet draagkrachtig in essentie om reden dat er ten onrechte wordt aangenomen dat er geen recht op openbaarheid zou bestaan als er geen papieren versie meer voorradig is.

8.2. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij onder meer op dat de beroepsinstantie zich niet zo maar mag neerleggen bij de handelwijze en het standpunt van de gemeente en op een kritische wijze een eigen standpunt moet innemen, onder meer inzake de vernietiging.

8.3. In haar laatste memorie middel reageert de verzoekende partij niet meer op de voor haar negatieve conclusie van het auditoraatsverslag.

Beoordeling

9.1. Op de eerste plaats moet worden opgemerkt dat het essentieel motief voor de beroepsinstantie om het beroep te verwerpen enerzijds het feit was dat de gemeente zelf niet meer beschikte over het bestuursdocument, anderzijds dat de gemeente en dus ook de beroepsinstantie niet verplicht waren bij een niet-bestuursinstantie te informeren naar een eventueel exemplaar van dit document. Bij de beoordeling van de vorige middelen heeft de Raad van State deze motieven wettig geacht.

9.2. In zoverre de verzoekende partij kritiek uitoefent op het feit dat in de bestreden beslissing zou zijn overwogen dat als er geen papieren versie van de bewuste e-mail meer zou bestaan, er geen recht op openbaarheid zou bestaan, moet worden opgemerkt dat wat de verzoekende partij beweerdelijk in de bestreden beslissing leest onjuist is. De beroepsinstantie oordeelde dat "het recht op openbaarheid aldus maar kan worden uitgeoefend voor zover het gaat om informatie die gematerialiseerd werd op een drager" in welke vorm ook. Blijkbaar heeft de beroepsinstantie bij haar onderzoek vastgesteld dat de bewuste e-mail op geen enkele drager nog aanwezig was.

9.3. Wat de andere opmerkingen van de verzoekende partij betreft dat de beroepsinstantie zou hebben geoordeeld dat de secretaris van de gemeente niet onzorgvuldig zou hebben gehandeld bij het vernietigen van de e-mail, dat de beroepsinstantie zou hebben geoordeeld zonder kennis van de inhoud van de e-mail en dat de vernietiging van de e-mail "redelijk" lijkt, moet worden opgemerkt dat deze overwegingen niet dragend zijn voor de bestreden beslissing in vergelijking met de voormelde twee essentiële motieven waarop de bestreden beslissing steunt.

9.4. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 januari 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Frank Bontinck **Dierk Verbiest**