

Vlaamse overheid
Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur
en hergebruik van overheidsinformatie
Afdeling openbaarheid van bestuur
Havenlaan 88, bus 100
1000 BRUSSEL
T : 02 553 57 25
Mail: openbaarheid@vlaanderen.be

Dossiernummer: OVB/2023/286

DE BEROEPSINSTANTIE - Afdeling openbaarheid van bestuur

Bevoegdheid beroepsinstantie

Bestuursdecreet van 7 december 2018, titel II, hoofdstuk 3, afdeling 6.

Besluit van de Vlaamse Regering van 19 juli 2007 tot oprichting van de beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie.

Voorafgaande procedure

Op 11 september 2023 dienden ■■■ (hierna vermeld als: verzoeker), een verzoek in bij het Vlaams Energie- en Klimaatagentschap (hierna vermeld als: VEKA) om een afschrift van het advies van de Inspecteur Financiën met referentie TM/2022003113M/2022003113 van 19 september 2022, waarnaar verwezen wordt in het advies met nr. TM/2022005290A van 11 december 2022.

Op 26 september 2023 werd voormeld openbaarheidsverzoek afgewezen door het VEKA.

Op 20 oktober 2023 diende verzoeker beroep in bij de beroepsinstantie tegen de voormelde weigeringsbeslissing vanwege het VEKA. Dit beroep werd geregistreerd op 23 oktober 2023.

Ontvankelijkheid van het beroep

Het oorspronkelijk verzoek dateert van 11 september 2023.

De bestreden beslissing dateert van 26 september 2023. Deze beslissing maakt melding van de beroepsmogelijkheid en -modaliteiten, zoals voorgeschreven in artikel II.43, §1, derde lid van het Bestuursdecreet.

Het beroep werd ingediend bij mailbericht d.d. 20 oktober 2023 en is bijgevolg tijdig ingesteld. Het beroepschrift is **ontvankelijk**.

Gegrontheid van het beroep

Overeenkomstig artikel II.31, eerste lid Bestuursdecreet heeft het recht op passieve openbaarheid betrekking op bestuursdocumenten. Op grond van deze bepaling is elke instantie in principe verplicht aan eenieder die erom verzoekt inzage te geven in, uitleg te verschaffen over of een afschrift te bezorgen van de gewenste bestuursdocumenten.

De openbaarmaking kan slechts geweigerd worden mits toepassing wordt gemaakt van één of meerdere uitzonderingen, zoals gestipuleerd in de artikelen II.33 tot en met II.39 van voormeld decreet.

1. Bestreden beslissing

Het VEKA heeft het openbaarheidsverzoek afgewezen, met de volgende motivering:

“ Uw vraag wordt afgewezen omwille van het wapengelijkheidsbeginsel vermeld in artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 (“de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid om een eerlijk proces te krijgen”). ■■■ is namelijk als partij actief tussenbeide gekomen aan de zijde van de eiser in de procedure die door Warmtenet Antwerpen Zuid BV bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State werd ingesteld tegen de beslissing van de Vlaamse Regering van 16 december 2022 waarbij zij de steun in het kader van de call voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of-koeling aan eiser weigerde. Het opgevraagde document heeft immers betrekking op die procedure.

In ondergeschikte orde handelt het advies over een eerdere ontwerpversie die niet de definitieve beslissing vormde die aan de Vlaamse Regering ter beslissing werd voorgelegd. De definitieve herwerkte versie van het ontwerp maakte het voorwerp uit van een nieuwe aparte adviesvraag. Daarom valt het advies in kwestie ook onder de uitzonderingsgrond van artikel 11.33, 2° van het Bestuursdecreet. Eerdere ontwerpen en stukken van die rangschikking vallen dan ook buiten de openbaarheid omdat die rangschikking maar kan rekening houdende met wijzigingen die worden beschouwd “af” te zijn op het moment dat zij definitief wordt goedgekeurd.”

2. Inhoud van het beroepschrift

Verzoeker argumenteert zijn beroepschrift als volgt:

“ Wat betreft de in artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet van 7 december 2018 voorziene uitzonderingsgrond inzake de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid om een eerlijk proces te krijgen, dient uit de bewoordingen van het decreet te worden afgeleid dat de toepassing van voormeld artikel een in concreto belangenafweging vereist tussen het belang van de openbaarheid en de bescherming van de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid om een eerlijk proces te krijgen.

Deze uitzonderingsbepaling heeft tot doel de rechtspleging en het eerlijk verloop van een proces mogelijk te maken. Wat betreft onderhavige vraag tot openbaarheid, zal dit willen betekenen dat de toepassing van onderhavige uitzonderingsbepaling een concrete afweging vereist tussen enerzijds het belang bij de openbaarmaking van het advies van de Inspecteur Financiën en anderzijds het belang van de Vlaamse Regering in het kader van de procedure voor de Raad van State.

U zal dienen vast te stellen dat VCO Vlaanderen zich in haar motivering louter beperkt tot het stellen dat het gevraagde document betrekking heeft op de procedure door Warmtenet Antwerpen Zuid BV ingesteld

bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State tegen de beslissing van de Vlaamse Regering van 16 december 2022 waarbij zij de steun in het kader van de call voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of -koeling aan Warmtenet Antwerpen Zuid BV weigerde. Van enige belangenafweging in concreto is dusdanig geen sprake.

In voorliggend dossier is het dan ook allesbehalve duidelijk hoe de openbaarmaking van de gevraagde documenten de rechtspleging en het eerlijk verloop van een proces onmogelijk zou maken, minstens wordt dit aspect niet, minstens niet afdoende gemotiveerd in de weigeringsbeslissing.

In de weigeringsbeslissing verwijst VCO Vlaanderen tevens naar de uitzonderingsgrond opgenomen in artikel II.33, 2° Bestuursdecreet. Dit artikel bepaalt dat, tenzij het belang van de openbaarheid primeert, een aanvraag tot openbaarheid mag afgewezen worden als de aanvraag betrekking heeft op bestuursdocumenten die niet af of onvolledig zijn.

Deze uitzonderingsgrond, welke restrictief moet worden geïnterpreteerd, kan echter op geen van de documenten van de betreffende openbaarheidsaanvraag worden toegepast. Het gevraagde document is immers wel degelijk af, en is niet onvolledig. Het advies van de Inspecteur Financiën met referentie TM/2022003113 van 16 september 2022 heeft immers een definitieve status verkregen. Het feit dat dit bestuursdocument een advies betrof over een eerdere ontwerptekst die niet de definitieve beslissing vormde die aan de Vlaamse Regering ter beslissing werd voorgelegd, én het feit dat het advies met referte TM/2022003113 mogelijks nog vatbaar was voor herziening, doet hieraan uiteraard geen afbreuk.”

3. Standpunt van de beroepsinstantie

Om met kennis van zaken over het beroep te kunnen oordelen, heeft de beroepsinstantie contact opgenomen met het VEKA om wat toelichting te geven bij dit openbaarheidsverzoek en om een duidelijk beeld te schetsen van het volledige verloop van het dossier waarop het gevraagde verslag van de Inspecteur van Financiën betrekking heeft.

Uit de ingewonnen informatie is gebleken dat het opgevraagde advies van de Inspecteur van Financiën betrekking heeft op een dossier rond het toekennen van financiële steun voor investeringsprojecten die het gebruik van hernieuwbare energiebronnen stimuleren m.n. projecten van nuttige groene warmte, restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of -koeling (in toepassing van de artikelen 8.1.1 e.v. van het Decreet van 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid en de artikelen 7.4.1 e.v. van het Besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 houdende algemene bepalingen over het energiebeleid).

Een advies werd uitgebracht door de Inspecteur van Financiën op 16 september 2022 bij een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering in voormeld dossier (financiële steun voor investeringsprojecten), doch dat ontwerp van besluit werd nooit voorgelegd aan de Vlaamse Regering omdat er intussen nieuwe elementen waren opgedoken in het desbetreffende dossier, die aanleiding gaven tot een herwerking van de beslissing. Naderhand werd dan opnieuw het advies van de Inspecteur van Financiën gevraagd, naar aanleiding van het definitieve voorgelegde en goedgekeurde besluit van de Vlaamse Regering. Dat advies van de Inspectie van Financiën dateert van 11 december 2022 en verzoeker heeft kennis kunnen nemen van het advies van 11 december 2022.

Met huidig openbaarheidsverzoek wenst verzoeker evenwel ook een afschrift te ontvangen van de Inspecteur van Financiën van 16 september 2022, een advies dat dus eerder werd uitgebracht in het dossier rond financiële steun voor investeringsprojecten die het gebruik van hernieuwbare energiebronnen

stimuleren maar betrekking had op een ontwerp van beslissing in dat dossier dat nooit aan de Vlaamse Regering ter goedkeuring werd voorgelegd. De definitieve herwerkte versie van de beslissing van de Vlaamse Regering in dit dossier maakte het voorwerp uit van een nieuwe aparte adviesvraag bij de Inspectie van Financiën, wat dan heeft geresulteerd in het voormelde advies van 11 december 2022.

Verzoeker was mede-aanvrager van het verzoek tot toekenning van een subsidie voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, de ondersteuning van restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of -koeling, voor het realiseren van een project 'Warmtenet Antwerpen Zuid. Door Warmtenet Antwerpen Zuid BV werd intussen bij de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State beroep ingesteld tegen de beslissing van de Vlaamse Regering van 16 december 2022 waarbij de steun in het kader van de call voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of-koeling aan Warmtenet Antwerpen Zuid werd geweigerd.

Huidig verzoeker in dit openbaarheidsverzoek (■■■■) werkte samen met Warmtenet Antwerpen Zuid aan de studie voor de realisatie van een warmteproject, waarbij ISVAG optreedt als warmteproducent, die warmte injecteert op het Warmtenet. Warmtenet Antwerpen Zuid treedt op als leider, van het project, warmtebeheerder en leverancier die warmte levert aan de warmtegebruikers.

Verzoeker is tussenkomende partij in het administratief rechtsgeding bij de Raad van State tussen Warmtenet Antwerpen Zuid en het Vlaams Gewest, met als referentie G/A 238.441/VII-41922, waarbij dus de vernietiging werd gevraagd van de beslissing van de Vlaamse Regering van 16 december 2022 waarbij de steun in het kader van de call voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of-koeling aan Warmtenet Antwerpen Zuid werd geweigerd.

De beroepsinstantie is, na kennisname van het opgevraagde document en alle stukken uit voormeld hangend rechtsgeding bij de Raad van State, van oordeel dat in casu terecht toepassing werd gemaakt van de uitzonderingsgrond zoals voorzien in artikel II.35, 4^o van het Bestuursdecreet. Op basis van dit artikel kan een aanvraag tot openbaarmaking worden afgewezen als het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid een eerlijk proces te verkrijgen.

Het gaat om een relatieve uitzonderingsgrond. Hierbij moet eerst onderzocht worden of de openbaarmaking het beschermde belang schaadt. Als er belangenschade is, moet vervolgens het te beschermen belang worden afgewogen tegen het belang van de openbaarheid. De openbaarheid mag dan enkel worden bevolen als daarmee een hoger belang wordt gediend dat zwaarder weegt dan het door de uitzonderingsgrond beschermde belang.

De uitzonderingsgrond beoogt het eerlijk verloop van de rechtspleging te vrijwaren. Een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces is immers het beginsel van de "gelijkheid der wapens in een proces". Dit beginsel van de wapengelijkheid houdt in dat elke partij het recht heeft haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet benadelen ten opzichte van de tegenpartij. De bestaansreden van voormelde uitzonderingsgrond ligt vooral bij het verhinderen dat de openbaarheid van bestuur afbreuk zou doen aan de wapengelijkheid. Deze uitzonderingsgrond is een correctief op de openbaarheid om te beletten dat een instantie zou worden verplicht in een rechtsgeding de tegenpartij informatie ter beschikking te stellen die vervolgens tegen haar (of een andere aan openbaarheid onderworpen overheidsinstantie) wordt uitgespeeld.

De bedoelde uitzonderingsgrond mag evenwel niet op een abstracte manier worden ingeroepen zodat concreet moet worden aangetoond dat het gevraagde bestuursdocument verband houdt met een bestaand rechtsgeding én tegen een overheidsinstantie kan worden aangewend.

Uit de concrete dossiergegevens blijkt dat er momenteel een administratief rechtsgeding aanhangig is bij de Raad van State, waarbij, zoals hiervoor al werd aangegeven, huidig verzoeker vrijwillig is tussengekomen in het hangende geding tussen Warmtenet Antwerpen Zuid en het Vlaams Gewest, met als referentie G/A 238.441/VII-41922.

Er is voor de beroepsinstantie duidelijk aangetoond dat de opgestarte procedure tot nietigverklaring van de beslissing van de Vlaamse Regering van 16 december 2022, waarbij de steun in het kader van de call voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of-koeling aan Warmtenet Antwerpen Zuid (gevraagde subsidie van maximaal 8.032.777 EUR, binnen de eerste call voor het jaar 2022 voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, de ondersteuning van restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of -koeling) werd geweigerd, direct verband houdt met het voorwerp van het voorliggende openbaarheidsverzoek/beroep. Het rechtsgeding heeft immers rechtstreeks betrekking op de weigering van steun aan een project van Warmtenet Antwerpen Zuid, waar verzoeker de warmteleverancier van zou zijn.

Deze vaststelling alleen volstaat echter niet om deze uitzonderingsgrond van artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet met succes te kunnen invoeren. De beroepsinstantie is immers verplicht om bovendien ook nog na te gaan of de openbaarmaking van het betrokken bestuursdocument, rekening houdend met de concrete en specifieke omstandigheden die voorliggen, al dan niet afbreuk zou doen aan de wapengelijkheid, in die zin dat een partij op grond van de openbaarheid van bestuur zou kunnen worden verplicht om stukken in het gerechtelijk debat te brengen die tegen haar zaak pleiten. De finaliteit van de uitzonderingsgrond van artikel II. 35, 4° van het Bestuursdecreet bestaat erin om die ongelijkheid te corrigeren.

In casu is er, zoals reeds eerder vermeld, duidelijk een link tussen het voorliggende openbaarheidsverzoek en het voormelde hangende administratieve rechtsgeding. Het is dan ook duidelijk dat verzoeker het opgevraagde document (advies van de Inspectie van Financiën d.d. 16 september 2022), dat verband houdt met een eerder ontwerp van beslissing in dat subsidiedossier (dat nooit werd voorgelegd aan de Vlaamse Regering) dan degene die uiteindelijk wel ter beslissing aan de Vlaamse regering werd voorgelegd en die geen betrekking heeft op het uiteindelijk door de Vlaamse Regering weerhouden versie, enkel wenst te verkrijgen om deze tegen de Vlaamse Regering in te kunnen brengen in het hangende rechtsgeding voor de Raad van State. Aan de hand van het document wil verzoeker aantonen dat de uiteindelijke beslissing tot weigering van de subsidiesteun onwettig is en zo de vernietiging ervan bekomen. Het komt uiteraard niet aan de beroepsinstantie openbaarheid van bestuur toe, en dit kan van haar ook niet verwacht worden, om concreet te gaan 'voorspellen' hoe verzoeker het opgevraagde document in de hangende procedure zou kunnen aanwenden in haar argumentatie tegenover het Vlaams Gewest en hoe de rechters dit alles zullen beoordelen. De beroepsinstantie is evenwel de mening toegedaan dat voormelde gegevens voldoende concreet aantonen dat de vrijgave van het opgevraagde document aan verzoeker een belangenschade inhoudt voor het Vlaams Gewest, wiens beslissing juridisch wordt aangevochten door verzoeker.

Bovendien merkt de beroepsinstantie op dat de Vlaamse Regering binnen de wettelijk voorziene termijn een memorie van antwoord heeft ingediend in het hangend rechtsgeding, alsook het administratief dossier betreffende het besluit d.d. 16 december 2022 heeft moeten neerleggen bij de Raad van State, waarbij welbepaalde stukken ook enkel in een vertrouwelijke versie werden neergelegd bij de Raad van State, teneinde de vertrouwelijkheid te vrijwaren. Daarvoor gelden specifieke procedureregels bij de Raad van State.

Het belang van de uitzonderingsgrond van artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet (hangend rechtsgeding) dient tot slot nog te worden afgewogen tegenover het openbaar belang dat met de openbaarmaking van

een bestuursdocument is gediend. Het gaat hierbij om een met de openbaarmaking gediend openbaar belang. Dit betekent dus niet dat de private belangen van de aanvrager moeten afgewogen worden tegenover het belang dat met de uitzondering beschermd worden. Het gaat om het belang van de gemeenschap: de openbare orde, de veiligheid van de bevolking, grote maatschappelijke issues, globale bescherming van het leefmilieu enzovoort. De beroepsinstantie ziet niet in op welke manier in casu het openbaar belang dat met de openbaarmaking van de gevraagde documenten zou gediend zijn, zou primeren op de bescherming van het belang dat beschermd wordt door artikel II.35, 4° van het Bestuursdecreet. Het gaat hier louter om een privaat belang dat verzoeker heeft bij de openbaarmaking van het opgevraagde document, daar verzoeker mede-aanvrager was van het verzoek tot toekenning van een subsidie voor de ondersteuning van nuttige groene warmte, de ondersteuning van restwarmte en energie-efficiënte stadsverwarming of -koeling, voor het realiseren van een project 'Warmtenet Antwerpen Zuid.

De beroepsinstantie is daarom van oordeel, gelet op wat hiervoor werd uiteengezet, dat het ingestelde beroep als **ongegrond** moet worden afgewezen.

Na beraadslaging,

BESLUIT:

Het beroepschrift van ■■■ d.d. 20 oktober 2023 tegen de weigeringsbeslissing vanwege het VEKA wordt als ontvankelijk doch ongegrond beschouwd.

Brussel, 22 november 2023

Voor de beroepsinstantie,
afdeling openbaarheid van bestuur,

Bruno ASSCHERICKX
Voorzitter