

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.047 van 28 maart 2019
in de zaak A. 220.992/VII-39.862.**

In zake : 1. de BV PETROCHEMICAL PIPELINE SERVICES,
 vennootschap naar Nederlands recht
 2. de NV PIJPLEIDING ANTWERPEN-LIMBURG-LUIK
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Ilse Cuypers
 kantoor houdend te 2600 Berchem
 Posthofbrug 6
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Martel en Laura Janssens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen :

1. de NV DE SCHEEPVAART,
 thans de NV DE VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sven Vernaillen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV AIR LIQUIDE INDUSTRIES BELGIUM
3. de NV HYDROWAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Damien Verhoeven
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 16 december 2016, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 19 oktober 2016 van de Vlaamse Overheid, Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van overheidsinformatie afdeling Openbaarheid van Bestuur”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkomende partijen hebben verzoekschriften tot tussenkomst ingediend. De tussenkomsten zijn toegestaan bij beschikkingen van 9 februari 2017. De tussenkomende partijen hebben memories ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de tussenkomende partijen hebben laatste memories ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 maart 2019.

Kamervoorzitter Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joram Maes, die loco advocaat Ilse Cuypers verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Sietse Wils, die loco advocaten Bart Martel en Laura Janssens verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Annelies Geerts, die loco advocaat Sven Vernailen verschijnt voor de eerste tussenkomende partij,

en advocaat Bert Van Herreweghe, die loco advocaat Damien Verhoeven verschijnt voor de tweede en de derde tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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 1 november 2015 sluiten de NV Air Liquide Industries Belgium en de NV Hydrowal, de tweede en de derde tussenkomende partij, een overeenkomst met de eerste tussenkomende partij, thans het Extern Verzelfstandigd Agentschap “De Vlaamse Waterweg”, voor “de omleiding van leidingen van Air Liquide voor de verhoging van bruggen en de verbreding van het Albertkanaal”.

3.2. In het Belgisch Staatsblad van 28 april 2016 wordt het besluit van de Vlaamse regering van 25 maart 2016 bekendgemaakt “betreffende de wijziging van de ligging van de installaties voor het vervoer van gasachtige vloeistoffen, in eigendom van Aethyleen Rohrleitungs Gesellschaft m.b.H. und Co K.G., INEOS Chlorvinyls Limburg B.V. en N.V. P.A.L.L., die nu in beheer zijn bij Petrochemical Pipeline Services B.V., gelegen in het openbaar domein op- en afwaarts en onder de brug Zolder (Westlaan) in Heusden-Zolder en onder de brug Stokrooie in Hasselt over het Albertkanaal, beheerd door nv De Scheepvaart”.

De artikelen 3 en 4 hiervan luiden als volgt:

“Art. 3. N.V. Pijpleiding Antwerpen Limburg Luik (P.A.L.L.), Geleenlaan 35, 3600 Genk, België (voorheen DSM Transportmaatschappij B.V.), houder van een toelating om vloeibare koolwaterstoffen te vervoeren door middel van

een leiding van Antwerpen tot aan de Belgisch-Nederlandse grens in Maasmechelen (Leut), verleend bij ministerieel besluit van 3 maart 1977 (kenmerk P323-986), verlengd bij ministerieel besluit P329-3412A van 4 november 2009, is ertoe gehouden op eigen kosten het gedeelte van die leiding, gelegen in de onderbouw van de brug Zolder (Westlaan) en Stokrooie (Hasselt), te verwijderen om de verhoging van de brug mogelijk te maken. Die verplaatsing moet uiterlijk op 1 januari 2018 zijn uitgevoerd.

Art. 4. Een eensluidend verklaard afschrift van dit besluit zal aan Aethyleen Rohrleitungs Gesellschaft m.b.H. und Co K.G., INEOS Chlorvinyls Limburg B.V., N.V. P.A.L.L. en aan de federale minister, bevoegd voor het energiebeleid, betekend worden”.

3.3. Met een e-mailbericht van 29 april 2016 deelt de gedelegeerd bestuurder van de eerste tussenkomende partij aan de verzoekende partijen mee:

“Ik verwijs naar de constructieve gedachtewisseling die plaatsvond te Hasselt op 1 april 2016 inzake de vereiste verplaatsingen van gasleidingen met het oog op de herbouw van enkele bruggen over het Albertkanaal.

Meer bepaald betreft het verplaatsingen van diverse gasleidingen ter hoogte van de Hoogmolenbrug (Schoten), brug Massenhoven (Zandhoven), Tessenderlo-brug, brug Heusden-Zolder en brug Stokrooie (Hasselt).

Voor al deze verplaatsingen zijn de verplaatsingsbevelen in progress.

Ik verwijs in dit verband o.a. naar het schrijven van Vlaams minister Weyts aan federaal minister Marghem inzake de verplaatsingen te Zolder en Stokrooie (bijlage).

Tijdens het overleg verwees u naar de overeenkomst tussen Air Liquide en De Scheepvaart inzake een tussenkomst vanwege nv De Scheepvaart in de verplaatsingskosten van de Air Liquide-leidingen.

In navolging van de gedachtewisseling deel ik u het volgende mee:

- de overeenkomst tussen nv De Scheepvaart en Air Liquide, waarnaar u verwees, betreft een overeenkomst tussen partijen gerelateerd aan de specifieke situatie en omstandigheden m.b.t. de verplaatsing van deze leidingen.
- er is geen wettelijke basis voorhanden die een tussenkomst van nv De Scheepvaart in de verplaatsingskosten van uw leidingen rechtvaardigt.

De vigerende wetgeving legt de kosten van verplaatsingen in openbaar domein immers volledig ten laste van de exploitant van de nutsleidingen.

- nv De Scheepvaart heeft anderzijds alle begrip voor de door u gesitueerde problematiek, inzonderheid m.b.t. de financiering/budgettering van de verplaatsingen.

nv De Scheepvaart is om die reden bereid om, gelet op de noodzaak van de verplaatsingen gerelateerd aan de timing, te voorzien in een renteloze voorfinanciering binnen een af te spreken termijn.

- verder is De Scheepvaart graag bereid om, voor die verplaatsingen, die weliswaar noodzakelijk zijn, maar waarbij de timing van de verplaatsing

minder urgent is, een tijdsfad voor de verplaatsing af te spreken.

Dit is in het bijzonder het geval voor de verplaatsing te Massenhoven.

Ik ga er van uit dat op basis van deze uitgangspunten verder overleg alleszins aan de orde is.

Maar ik ga er van uit dat dit alles geen beletsel kan en mag vormen om de verdere voorbereidingen met het oog op de uit te voeren verplaatsingen in onderling overleg verder te zetten teneinde de beoogde timing te respecteren.

Ik kijk met belangstelling jullie reactie tegemoet”.

3.4. De verzoekende partijen vragen, in het kader van de openbaarheid van bestuur, dat hen een kopie van voornoemde overeenkomst wordt bezorgd. Op 3 juni 2016 wordt op dit verzoek ingegaan, weliswaar met weglating in de overeenkomst van als vertrouwelijk bestempelde commerciële gegevens.

3.5. Vervolgens verzoeken zij per brief van 10 juni 2016 dat de “volledige overeenkomst” wordt meegedeeld. In een brief van 7 juli 2016 reageert de eerste tussenkomende partij als volgt:

“Hierbij kunnen wij u meedelen dat de betrokken overeenkomst werd afgesloten met een vertrouwelijkheidsclausule zoals bepaald in artikel 4.5: ‘De inhoud van de Overeenkomst blijft strikt vertrouwelijk en wordt strikt geheim gehouden, zonder afbreuk te doen aan de bepalingen van het Decreet inzake Openbaarheid van Bestuur’. Dit decreet bevat een uitzondering op de openbaarheid m.b.t. commerciële en industriële informatie. Deze is vertrouwelijk, tenzij de betrokken partij, op wie de informatie betrekking heeft, instemt met het vrijgeven ervan (cf. art. 14, 3° van dit decreet).

Wij hebben uw aanvraag dan ook voorgelegd aan Air Liquide, als betrokken partij. Zij zijn van oordeel dat de overeenkomst en de correspondentie commerciële en industriële informatie bevatten; en verklaren zich enkel akkoord om de overeenkomst te overhandigen, mits de cijfers in artikels 1 en 2 onleesbaar zijn gemaakt en mits bijlage 2 niet is bijgevoegd. Dit komt overeen met de versie die u begin juni van ons ontvangen heeft. Wij zien ons dan ook genoodzaakt de bijkomende aanvraag af te wijzen.

Voor een goed begrip van de overeenkomst bevestigen wij uitdrukkelijk dat de percentages van de Totale Verplaatsingskost vermeld in artikels 1.1 (de meerkosten) en 1.2 (het te betalen bedrag) identiek zijn. Dit betekent dat de tegemoetkoming van nv De Scheepvaart ten aanzien van Air Liquide enkel betrekking heeft op de meerkosten en bovendien beperkt is tot een maximum bedrag”.

3.6. De verzoekende partijen dienen een beroepschrift in bij de Beroepsinstantie inzake openbaarheid van bestuur en hergebruik van

overheidsinformatie (hierna: Beroepsinstantie), die op 19 oktober 2016 het beroep als ongegrond verwerpt.

Dit is de bestreden beslissing, die als volgt is gemotiveerd:

“Overwegende dat in overeenstemming met artikel 7, tweede lid van het Openbaarheidsdecreet 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 Openbaarheidsdecreet;

Overwegende dat de verzoekster op 10 juni 2016 aan NV De Scheepvaart vroeg om een kopie te bezorgen van de volledige overeenkomst van 1 november 2015, gesloten tussen NV De Scheepvaart en NV Air Liquide;

Overwegende dat de verzoekster optreedt namens Petrochemical Pipeline Services B.V. en NV Pijpleiding Antwerpen-Limburg-Luik (PPS-PALL); dat het verzoek kadert in het project ‘Verhoging bruggen Albertkanaal’, waarbij onder andere aan de cliënten van de verzoekster, alsook aan de NV Air Liquide wordt opgedragen om pijpleidingen te verleggen teneinde de ophoging van deze bruggen te kunnen realiseren; dat de verzoekster meent dat NV De Scheepvaart in het kader van deze werken een concurrentieel voordeel zou bieden aan de NV Air Liquide ten opzichte van haar cliënten, Petrochemical Pipeline Services B.V. en NV Pijpleiding Antwerpen-Limburg-Luik;

Overwegende dat NV De Scheepvaart de gedeeltelijke openbaarmaking toestond; dat ze hierbij stelde dat de betrokken overeenkomst werd afgesloten met een vertrouwelijkheidsclausule zoals bepaald in artikel 4.5: ‘De inhoud van de Overeenkomst blijft strikt vertrouwelijk en wordt strikt geheim gehouden, zonder afbreuk te doen aan de bepalingen van het Decreet inzake Openbaarheid van Bestuur’; dat dit decreet een uitzondering bevat op de openbaarheid met betrekking tot commerciële en industriële informatie; dat deze informatie vertrouwelijk is, tenzij de betrokken partij, op wie de informatie betrekking heeft, instemt met het vrijgeven ervan (cf. art. 14, 3° van dit decreet); dat NV De Scheepvaart stelde de aanvraag te hebben voorgelegd aan de NV Air Liquide; dat deze zich enkel akkoord verklaarde om de overeenkomst te overhandigen, mits de cijfers in artikels 1 en 2 onleesbaar zijn gemaakt en mits bijlage 2 niet is bijgevoegd; dat NV De Scheepvaart in de bestreden beslissing aan de verzoekster voorts bevestigde dat de percentages van de Totale Verplaatsingskost vermeld in artikel 1.1 (de meerkosten) en 1.2 (het te betalen bedrag) identiek zijn; dat de tegemoetkoming van NV De Scheepvaart ten aanzien van Air Liquide enkel betrekking heeft op meerkosten en bovendien beperkt is tot een maximumbedrag;

Overwegende dat de beroepsinstantie op 23 september 2016 NV De Scheepvaart contacteerde naar aanleiding van het ingediende beroepschrift,

teneinde toelichting te ontvangen bij de bestreden beslissing; dat NV De Scheepvaart op 3 oktober de beroepsinstantie wees op de reeds aangehaalde vertrouwelijkheidsclausule, artikel 14, 3° van het openbaarheidsdecreet en de navraag bij Air Liquide; dat NV Air Liquide zich enkel akkoord verklaarde om de overeenkomst te overhandigen, mits de cijfers in artikels 1 en 2 onleesbaar zijn gemaakt en mits bijlage 2 niet is bijgevoegd; dat deze versie van de overeenkomst reeds bezorgd werd aan de verzoekster, naar aanleiding van een eerder verzoek tot openbaarmaking d.d. 23 mei 2016;

Overwegende dat NV De Scheepvaart van oordeel is dat Air Liquide geen concurrentievoordeel geniet; dat de discussie draait rond de vergoeding van bepaalde meerkosten; dat de cliënten van de verzoekster volgens NV De Scheepvaart geen melding zouden gemaakt hebben van bepaalde te vergoeden meerkosten die beweerdelijk aan bepaalde concurrenten wel zou zijn toegezegd; dat er, wat NV De Scheepvaart betreft, geen concurrentieel voor- of nadeel zou berokkend zijn door haar overeenkomst met Air Liquide; dat er dan ook geen reden is om de prijsberekening die Air Liquide hanteert, vrij te geven aan de concurrentie;

Overwegende dat NV De Scheepvaart aan de beroepsinstantie vervolgens meedeelde dat zij in deze kwestie trouwens de uitspraak van de Raad van State in dossier G/A 219.904 / VII - 39739 afwachten; dat Petrochemicals Pipeline Services B.V. en anderen immers een verzoek tot nietigverklaring van de beslissing van NV De Scheepvaart om geen financiering toe te kennen aan PPS ingediend hebben bij de Raad van State;

Overwegende dat de beroepsinstantie op 5 oktober 2016 bij NV De Scheepvaart heeft nagevraagd welke de stand van zaken is van de vermelde procedure voor de Raad van State; dat op 10 oktober 2016 aan de beroepsinstantie werd meegedeeld dat de procedure voor de Raad van State zich nog maar in een beginstadium bevindt; dat NV De Scheepvaart namelijk pas op 22 augustus 2016 door de griffie van de Raad van State in kennis werd gesteld van de vordering tot nietigverklaring ingediend door PPS - PALL;

Overwegende dat op grond van artikel 14, 4° van het openbaarheidsdecreet een aanvraag tot openbaarmaking kan 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; dat het om een relatieve uitzonderingsgrond gaat; dat eerst moet worden onderzocht of de openbaarmaking het beschermde belang schaadt; dat, als er belangenschade is, het te beschermen belang vervolgens moet worden afgewogen tegen het belang van de openbaarheid; dat de openbaarmaking enkel mag worden bevolen als daarmee een hoger belang wordt gediend dat zwaarder doorweegt dan het door de uitzonderingsgrond beschermde belang;

Overwegende dat de uitzonderingsgrond van artikel 14, 4° van het Openbaarheidsdecreet het eerlijk verloop van de rechtspleging wil vrijwaren; dat een essentieel onderdeel van het recht op een eerlijk proces het beginsel van de 'gelijkheid der wapens in een proces' is; dat het beginsel van de wapengelijkheid inhoudt dat elke partij het recht heeft haar argumenten te doen gelden in omstandigheden die haar niet benadelen ten opzichte van de tegenpartij; dat de bestaansreden van de geciteerde uitzonderingsgrond vooral daarin gelegen is, te verhinderen dat de openbaarheid van bestuur waaraan

één partij onderworpen is, afbreuk doet aan de wapengelijkheid; dat zonder deze uitzonderingsgrond één partij op grond van de openbaarheid van bestuur zou kunnen worden verplicht stukken in het gerechtelijk debat te brengen die tegen haar zaak zouden kunnen pleiten, daar waar de andere partij enkel die elementen die haar eis ondersteunen, kenbaar mag maken om het oordeel van de rechter te beïnvloeden; dat de uitzonderingsgrond van artikel 14, 4° een correctief op de openbaarheid is om te beletten dat een instantie zou worden verplicht in een rechtsgeding de tegenpartij informatie ter beschikking te stellen die vervolgens tegen haar wordt uitgespeeld;

Overwegende dat de bedoelde uitzonderingsgrond niet op een abstracte manier mag worden ingeroepen; dat concreet moet worden aangetoond dat de gevraagde bestuursdocumenten verband houden met een bestaand rechtsgeding en tegen de betrokken instantie kunnen worden aangewend;

Overwegende dat de beroepsinstantie uit de door NV De Scheepvaart verstrekte toelichting, alsook na eigen onderzoek dient te besluiten dat het voorwerp van het verzoek tot openbaarheid onmiskenbaar verband houdt met het voorwerp van het rechtsgeding dat momenteel hangende is voor de Raad van State in verband met een beweerdte ongelijke behandeling van bedrijven aan wie wordt opgedragen om pijpleidingen te verleggen; dat NV De Scheepvaart niet verplicht kan worden mee te werken aan een voor haar mogelijk ongunstige afloop van dat geding; dat de afweging van dit belang tegenover het belang gediend met de openbaarmaking niet tot een ander oordeel leidt; dat de beroepsinstantie geen enkel hoger belang ziet ten dienste waarvan de openbaarmaking zou moeten worden bevolen ten koste van NV De Scheepvaart; dat het beroep om deze reden als ongegrond dient te worden beschouwd”.

3.7. Tegen het e-mailbericht van 29 april 2016, samengelezen met de overeenkomst van 1 november 2015, hebben de verzoekende partijen inmiddels op 1 augustus 2016 beroep aangetekend bij de Raad van State. Bij arrest nr. 241.580 van 24 mei 2018 verwerpt de Raad dit beroep.

3.8. In het Belgisch Staatsblad van 7 september 2016 wordt het besluit van de Vlaamse regering van 15 juli 2016 “betreffende de wijziging van de ligging van de installaties voor het vervoer van gasachtige vloeistoffen, in eigendom van N.V. P.A.L.L., die nu in beheer zijn bij Petrochemical Pipeline Services B.V., gelegen in het openbaar domein onder de Hoogmolenbrug over het Albertkanaal in Schoten, beheerd door nv De Scheepvaart” bekendgemaakt, waarvan de artikelen 1 en 2 als volgt luiden:

“Artikel 1. N.V. Pijpleiding Antwerpen Limburg Luik (P.A.L.L.), Geleenlaan 35, 3600 Genk, België (voorheen DSM Transportmaatschappij B.V.), houder van een toelating om vloeibare koolwaterstoffen te vervoeren door middel van een leiding van Antwerpen tot aan de Belgisch-Nederlandse grens in Maasmechelen (Leut), verleend bij ministerieel besluit van 3 maart 1977 (kenmerk P323-986), verlengd bij ministerieel besluit P329-3412A van 4 november 2009, is ertoe gehouden op eigen kosten het gedeelte van die leiding, gelegen in de onderbouw van de Hoogmolenbrug in Schoten, te verwijderen om de verhoging van de brug mogelijk te maken. Die verplaatsing moet uiterlijk op 1 januari 2019 zijn uitgevoerd.

Art. 2. Een eensluidend verklaard afschrift van dit besluit zal aan N.V. P.A.L.L. en aan de federale minister, bevoegd voor het energiebeleid, betekend worden”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4. De tweede en de derde tussenkomende partij werpen als exceptie het gebrek aan belang van de verzoekende partijen op omdat de openbaarmaking van de overeenkomst waartoe hun beroep strekt, op basis van een andere rechtsgrond zou moeten worden geweigerd zodat de verwerende partij in geval van een gebeurlijke vernietiging, een nieuwe beslissing zou moeten nemen waarbij zij de vordering tot openbaarmaking van de verzoekende partijen zou verwerpen.

Zij verwijzen daarbij naar artikel 14, 3°, van het decreet van 26 maart 2004 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: decreet openbaarheid van bestuur), volgens hetwelk de overheid de openbaarmaking van vertrouwelijke commerciële en industriële informatie moet weigeren indien het algemeen belang dat door de openbaarmaking zou worden gebaat, niet opweegt tegen het vertrouwelijk karakter van de betrokken informatie, behoudens instemming van de betrokken persoon.

De overeenkomst van 1 november 2015 bevat volgens hen vertrouwelijke commerciële informatie met betrekking tot de zakelijke activiteiten van de tweede en de derde tussenkomende partij, namelijk de gecijferde informatie

over de verplaatsingskosten van de leidingen die deze partijen uitbaten en over de voorwaardelijke tegemoetkomingsvergoeding van de eerste tussenkomenende partij in die kosten.

De tweede en de derde tussenkomenende partijen verklaren zich enkel akkoord om de overeenkomst te overhandigen, mits de cijfers in de artikelen 1 en 2 onleesbaar zijn gemaakt en mits bijlage 2 niet is bijgevoegd.

De bekendmaking van deze commerciële informatie zou de tweede en de derde tussenkomenende partij schade berokkenen, omdat ze een deel van hun kostenstructuur en -omvang zou onthullen aan hun rechtstreekse concurrenten: de verzoekende partijen zouden immers vaststellen voor welk bedrag zij in staat zijn om leidingen te verplaatsen en welk budget zij aan de betrokken operaties besteden, en daarmee in een betere onderhandelingspositie komen voor hun eigen verplaatsingen van leidingen. Zij zouden deze commerciële gegevens kunnen gebruiken om lagere offertes van contractanten te verkrijgen, in hun eigen commercieel belang.

Deze schade weegt volgens de tweede en de derde tussenkomenende partij zwaarder dan het belang dat door de openbaarmaking zou worden gebaat. Dit laatste betreft trouwens het individuele belang van de verzoekende partijen als particulier, en niet het algemeen belang. Een nietigverklaring zou dus geen nuttig voordeel verschaffen aan de verzoekende partijen.

5. De verzoekende partijen stellen in hun memorie van wederantwoord dat zelfs in geval de openbaarheid op grond van artikel 14, 3°, van het decreet openbaarheid van bestuur toch een weigeringsgrond zou kunnen vormen, een afweging moet worden gemaakt van het belang van de openbaarheid tegen het beweerde vertrouwelijke karakter van de commerciële en industriële informatie. De tweede en de derde tussenkomenende partij kunnen zich niet in de plaats stellen van de verwerende partij om dergelijke afweging te maken. In

tegenstelling tot wat de tweede en de derde tussenkomende partij beweren, is er dus geen enkele garantie dat de Beroepsinstantie de gevraagde informatie “automatisch” zou weigeren openbaar te maken op grond van artikel 14, 3°, van het decreet openbaarheid van bestuur na een potentieel arrest van Uw Raad dat de openbaarmaking van de gevraagde informatie niet mag worden geweigerd op grond van artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur.

Beoordeling

6. Artikel 14 van het decreet openbaarheid van bestuur, in de op het geding toepasselijke versie, bepaalt:

“De in artikel 4 genoemde instanties wijzen een aanvraag tot openbaarmaking af, voorzover die geen betrekking heeft op milieu-informatie, indien ze van oordeel zijn dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van één van de volgende belangen:

[...]

3° het vertrouwelijk karakter van commerciële en industriële informatie, wanneer deze informatie beschermd wordt om een gelegitimeerd economisch belang te vrijwaren, tenzij degene van wie de informatie afkomstig is met de openbaarheid instemt;

4° de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding en de mogelijkheid een eerlijk proces te verkrijgen;

[...]”.

De uitzonderingen vervat in artikel 14 van het decreet openbaarheid van bestuur zijn relatieve uitzonderingsgronden.

Blijkens de parlementaire voorbereiding (*Parl.St.*, VI.Parl. 2002-03, nr. 1732/1, 27) moet het begrip “relatieve uitzonderingen” zo worden verstaan dat de belangen dienen afgewogen te worden tegenover het belang van de openbaarheid. De openbaarmaking kan dus slechts worden afgewezen indien het beschermde belang door de openbaarmaking zou worden aangetast en er wordt vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen het beschermde belang.

Die afweging gebeurt uiteraard in functie van de te beschermen belangen. Het waarborgen van een eerlijk proces is van een andere aard dan het beschermen van vertrouwelijke commerciële en industriële informatie.

Het komt aan de Beroepsinstantie toe om, bij de beoordeling van de toepasselijke uitzonderingsgrond, tot belangenafweging over te gaan. De Raad van State kan alleen maar een wettigheidstoezicht op de afweging van de Beroepsinstantie uitoefenen.

De Beroepsinstantie heeft de openbaarheid enkel geweigerd op grond van artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur en heeft dienvolgens niet de afweging gemaakt vereist voor een weigering op grond van artikel 14, 3°, van voornoemd decreet. De Raad van State kan die afweging niet maken namens de Beroepsinstantie.

De exceptie is ongegrond.

V. Onderzoek van het enige middel

Standpunten van de verzoekende en de verwerende partijen

7. In het enige middel roepen de verzoekende partijen de schending in van “artikel 32 van de Grondwet, artikel 7 lid 2 en artikel 14, 4° van het Decreet van 26 maart 2004 betreffende de Openbaarheid van Bestuurshandelingen [...], de artikelen 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen [...], de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

In een eerste onderdeel betogen zij in essentie dat voormeld artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur “een zeer restrictieve uitzondering bevat op het algemene principe van de openbaarheid” zoals verwoord in artikel 32 van de Grondwet en artikel 7, 2°, van het decreet openbaarheid van

bestuur.

Het tweede onderdeel houdt in dat de bestreden beslissing voorbijgaat aan de ingeroepen weigeringsgrond van de eerste tussenkomende partij, vervat in artikel 14, 3°, van het decreet openbaarheid van bestuur. Voorts besluit de verwerende partij op basis van een enkele mondelinge verklaring van de eerste tussenkomende partij tot de weigering van de volledige openbaarmaking op grond van artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur.

In de toelichting bij het middel verduidelijken de verzoekende partijen, wat betreft het eerste onderdeel, dat er geen belangenafweging is gemaakt, die nochtans is vereist om artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur in te roepen. De rechtspositie van de eerste tussenkomende partij kan volgens hen daarenboven geen schade lijden door de openbaarmaking, omdat de inhoud van de overeenkomst door haar is gekend. Het verbod op staatssteun -de verzoekende partijen menen dat de overeenkomst hiermee in strijd is- zou het hogere belang zijn dat de vrijgave van de volledige overeenkomst rechtvaardigt.

Wat het tweede onderdeel betreft, stellen de verzoekende partijen dat de weigeringsgrond van artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur ten tijde van de bestreden beslissing door de Beroepsinstantie niet kon worden ingeroepen, omdat er toen nog geen procedure bij de Raad van State hangende was.

8. Naast het verweer ten gronde bij het middel, werpt de verwerende partij wat het tweede onderdeel betreft bovendien als exceptie op dat uit de ongegrondheid van het eerste onderdeel volgt dat de bestreden beslissing kon worden genomen op grond van artikel 14, 4°, van voornoemd decreet alleen, zodat zij er geen belang bij hebben om te vernemen of de openbaarheid ook op een andere grond had kunnen worden geweigerd.

9. In hun memorie van wederantwoord voegen de verzoekende partijen toe:

“Verzoekende partijen streefden met hun opstart van overleg met NV De Scheepvaart alsook de procedure die inmiddels ten gronde is gestart bij de Raad van State tegen de weigering van tussenkomst in hun voordeel, naar een gelijke behandeling m.a.w. een financiële tussenkomst door NV De Scheepvaart in gelijke mate als zij onmiskenbaar verleende aan NV L’Air Liquide en NV Hydrowal.

Vandaar dat de openbaarmaking van de volledige overeenkomst essentieel is in de vrijwaring van de rechten van verzoekende partijen.

Het hoger belang is niet in de eerste plaats het respect voor vrije markt en eventueel verdoken staatssteun doch wel de fundamentele schending van het gelijkheidsbeginsel tussen partijen.

Het niet openbaar maken van de overeenkomst schendt de belangen van verzoekende partijen en verhindert een eerlijk debat over de vraag of partijen al dan niet ongelijk behandeld worden. Wanneer komt vast te staan dat verzoekende partijen zich in dezelfde situatie bevinden, kunnen zij in dezelfde mate van de NV De Scheepvaart, financiële tussenkomst vragen en bekomen.

De vraag of er sprake is van onrechtmatige overheidssteun, komt slechts in tweede orde en werd in het debat vooral betrokken door NV L’Air Liquide en NV Hydrowal”.

10. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen dat “uit de overeenkomst blijkt dat er financiering wordt verleend die gekwalificeerd kan worden als onrechtmatige staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. De zogenaamde ‘de-minimis’-Verordening (Verordening EU nr. 1407/2013 van de Commissie van 18 december 2013 betreffende de toepassing van de artikelen 107 en 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op de-minimissteun) stelt dat pas vanaf bepaalde bedragen sprake is van een reële vorm van staatssteun. De exacte bedragen, die vandaag zijn zwart gemaakt, zouden alleen daarom al van belang kunnen zijn. Ook daarom kan de bestreden beslissing artikel 14, 4°, van het [decreet openbaarheid van bestuur] niet invoeren en het ‘hogere belang’ dat bestaat uit een schending van artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie mag miskennen door de openbaarmaking te weigeren”.

11. De verwerende partij stelt in haar laatste memorie dat de argumentatie die, omtrent de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel, in de memorie van wederantwoord en de laatste memorie van de verzoekende partijen wordt gegeven, en waarbij naar de “de-minimis”-Verordening wordt verwezen, laattijdig en om die reden niet-ontvankelijk is. Deze argumentatie kon immers reeds in het verzoekschrift tot nietigverklaring worden opgenomen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

12. De Beroepsinstantie kan, op grond van het voormelde artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur, een aanvraag tot openbaarmaking in principe afwijzen teneinde in hoofde van de overheid een eerlijk verloop van de rechtspleging in een burgerlijk of administratief rechtsgeding te vrijwaren.

Daarmee wordt beoogd om de nadelen te voorkomen die zouden kunnen voortvloeien uit de op een overheid rustende verplichting om gegevens ter beschikking te stellen die tegen haar in een burgerlijk of administratief rechtsgeding kunnen worden gebruikt.

De decreetgever heeft daarmee de overheid in de mogelijkheid willen stellen om in een burgerlijk of administratief rechtsgeding met gelijke wapens op te treden.

De Beroepsinstantie verwijst in de bestreden beslissing naar “het voorwerp van het rechtsgeding dat momenteel hangende is voor de Raad van State in verband met een beweerde ongelijke behandeling van bedrijven aan wie wordt opgedragen om pijpleidingen te verleggen”.

In hun verzoekschrift betogen de verzoekende partijen onder meer dat de openbaarmaking en daarmee de openbaarheid van de volledige inhoud van de overeenkomst van 1 november 2015 voor hen essentieel is om te weten of er een beïnvloeding kan zijn van de eerlijke concurrentie, “nu uit de bewoordingen van de overeenkomst wel kan worden afgeleid dat er een ongelijke behandeling plaatsvindt, maar niet welke grootteorde deze ongelijke behandeling bestaat”.

De schending van het gelijkheidsbeginsel en van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt ingeroepen in het beroep dat de verzoekende partijen hadden ingesteld tegen “de beslissing van NV De Scheepvaart d.d. 29 april 2016 om geen financiering toe te kennen aan PPS juncto de overeenkomst gesloten tussen NV De Scheepvaart en NV Air Liquide en NV Hydrowal dd. 1 november 2015, ter kennis gebracht op 3 juni 2016”, dat is uitgesproken in arrest nr. 241.580 van 24 mei 2018 van de Raad van State.

De Beroepsinstantie heeft wel degelijk de vereiste belangenafweging gemaakt door te wijzen op de beweerde ongelijke behandeling die door de verzoekende partijen werd ingeroepen en waarvoor zij zich, ter ondersteuning van hun betoog, wensten te beroepen op de volledige inhoud van de kwestieuze overeenkomst die volgens hen “essentieel” was. Het oordeel van de Beroepsinstantie dat de eerste tussenkomende partij niet kan worden verplicht om, in het raam van de openbaarheid van bestuur, stukken in het gerechtelijk debat te brengen, die mogelijk tegen haar zaak pleiten, is niet onwettig.

Het hogere belang van het tegengaan van onwettige staatssteun wordt door de verzoekende partijen niet aannemelijk gemaakt. De verwijzing in de laatste memorie van de verzoekende partijen naar verordening nr. 1407/2013 geeft, zoals de verwerende partij terecht opmerkt, een nieuwe wending aan het middel en is om die reden niet ontvankelijk.

Het middelonderdeel is ongegrond.

Tweede onderdeel

13. Uit de ongegrondheid van het eerste middelonderdeel zelf volgt niet dat de verzoekende partijen geen belang meer hebben bij het tweede middelonderdeel, waarin zij betogen dat geen beroep mocht worden gedaan op artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur als uitzonderingsgrond om de volledige openbaarmaking te weigeren. Hen kan het belang bij het tweede middelonderdeel niet worden ontzegd.

De exceptie van de verwerende partij wordt verworpen.

14. Indien de aanvraag tot openbaarmaking wordt geweigerd of indien naar het oordeel van de aanvrager van de openbaarmaking niet afdoende wordt tegemoetgekomen aan zijn verzoek, kan deze het georganiseerd administratief beroep instellen waarin ten tijde van het ingestelde beroep is voorzien door artikel 22 van het decreet openbaarheid van bestuur. Door de devolutieve werking van het georganiseerd beroep verwerft de Beroepsinstantie op grond van deze bepaling de beslissingsmacht over de zaak zelf, op dezelfde wijze als de in artikel 4 van het decreet bedoelde instanties. Die beslissingsmacht laat de Beroepsinstantie toe om haar beslissing te steunen op een andere reden of weigeringsgrond dan die welke in eerste aanleg voor het betrokken bestuur werden ingeroepen.

De motivering waarom de stukken niet openbaar moeten worden gemaakt is in de bestreden beslissing opgenomen.

Op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, was bij de Raad van State een geding aanhangig in de zin van artikel 14, 4°, van het decreet openbaarheid van bestuur. De Beroepsinstantie heeft zich zorgvuldig van haar taak gekweten nu zij dit gegeven bij haar beslissing heeft betrokken. De opmerking van de verzoekende partijen dat “op het ogenblik dat de openbaarheid werd aangevraagd, [...] er nog helemaal geen procedure voor de Raad van State

hangende [was]”, is niet ter zake.

Het tweede middelonderdeel is niet gegrond.

Het enige middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, elk voor de helft, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro verschuldigd aan de verwerende partij.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkommsten, begroot op 450 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achtentwintig maart tweeduizend negentien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	kamervoorzitter,
Pierre Lefranc,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys