

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 104.070 van 28 februari 2002
in de zaak A. 76.219/XII-650.**

In zake : de NV DECKX ALGEMENE ONDERNEMINGEN,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. MALLIEN,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Meir 24

tegen :

de NV AQUAFIN,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. D'HOOGHE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Deckx Algemene Ondernemingen op 31 oktober 1997 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van, eensdeels, de beslissing van de verwerende partij, medegedeeld bij brief van 4 september 1997, waarbij in het kader van de openbare aanbesteding “collector langs de Leie-Wevelgem” de inschrijving van de verzoekende partij als onregelmatig wordt beschouwd en, anderdeels, van de gunning van de opdracht aan de NV Aquavia;

Gelet op het arrest nr. 100.090 van 23 oktober 2001 waarbij de debatten worden heropend en de zaak opnieuw wordt opgeroepen op de terechtzitting van 13 november 2001, waarop de zaak voor nadere behandeling wordt gesteld op 11 december 2001;

Gezien de memorie na heropening der debatten van de verzoekende partij en de nota na heropening der debatten van de verwerende partij;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat P. Mallien, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat D. D’Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat de Raad van State met zijn voormeld arrest nr. 100.090 de debatten heeft heropend teneinde de partijen in de mogelijkheid te stellen meer gegevens te verstrekken, dienstig om uitspraak te doen over de vraag of de bestreden beslissingen van de verwerende partij al dan niet geldig voor de Raad van State kunnen worden aangevochten en of het verzoekschrift bijgevolg ontvankelijk is, aangezien zij mogelijkerwijze geen administratieve overheid zou zijn in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende, zoals reeds in het arrest nr. 100.090 is gesteld, dat luidens artikel 14, § 1, van de voornoemde gecoördineerde wetten, de Raad van State enkel kennis mag nemen van beroepen tot nietigverklaring van onder meer de akten en reglementen van “administratieve overheden” en dat bij arrest nr. 93.289 van 13 februari 2001 van de algemene vergadering van de afdeling administratie van de Raad van State, met betrekking tot vrije onderwijsinstellingen, is gewezen dat, indien privé-personen een rechtspersoon oprichten, de werkwijze ervan regelen en in voorkomend geval kunnen beslissen deze af te schaffen, een dergelijke rechtspersoon die met de overheid geen organiek verband heeft, geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de voornoemde gecoördineerde wetten;

Overwegende dat te dezen, rekening houdend met de voorgelegde stukken, de Raad van State vaststelt dat de al dan niet als administratieve overheid te kwalificeren verwerende partij is opgericht bij notariële akte van 25 april 1990, bekendgemaakt bij uittreksel in de bijlage tot het Belgisch Staatsblad van 19 mei 1990, onder de privaatrechtelijke rechtsvorm van de naamloze vennootschap met als naam “Aqua-fin” door, eensdeels, de naamloze vennootschap “Vlaamse Milieuholding” en, anderdeels, de naamloze vennootschap “Seed Money en Startersfonds Gimv”; dat deze beide vennootschappen zijn

opgericht door de Gewestelijke Investeringsmaatschappij Voor Vlaanderen [GIMV], de eerste op 18 januari 1990, de tweede op 27 december 1989; dat noch uit hun statuten bij hun oprichting of uit wijzigende akten kan worden afgeleid en overigens ook nergens door partijen wordt beweerd -de verzoekende partij stelt in haar laatste memorie enkel dat de NV Vlaamse Milieuholding “eventueel geen administratieve overheid” is-, dat zij, althans op het ogenblik dat zij de verwerende partij hebben opgericht, niet als privé-personen zouden mogen worden aangemerkt; dat alvast niet blijkt uit de voormelde akten dat zij, die in wezen als financiële houdstermaatschappijen zijn opgericht, beslissingen zouden kunnen nemen die derden kunnen binden en op die wijze zelf in aanmerking zouden kunnen komen voor een kwalificatie als administratieve overheid; dat hetgeen voorafgaat het besluit wettigt dat de verwerende partij een privaatrechtelijk rechtspersoon is die is opgericht door privé-personen en dus met de overheid geen organieke band heeft; dat zulks reeds volstaat om, analoog met hetgeen is aangenomen in het voormelde arrest nr. 93.289, de verwerende partij de hoedanigheid van administratieve overheid te ontzeggen;

Overwegende dat te dezen die conclusie nog wordt versterkt door de wettelijke en decretale context waarbinnen de voormelde vennootschappen functioneerden op het ogenblik dat zij de verwerende partij hebben opgericht; dat immers vooreerst de beide oprichtende vennootschappen zelf zijn opgericht als dochtermaatschappijen van de GIMV; dat uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 2 april 1962 tot oprichting van een nationale investeringsmaatschappij en van erkende gewestelijke investeringsmaatschappijen en haar wijzigende wetten blijkt dat de wetgever niet de bedoeling had van de GIMV en de vennootschappen waarin zij participaties heeft, administratieve overheden te maken [zie onder meer Parl. St., Senaat, 1975-76, nr. 766/1, 7 en 10, Memorie van toelichting en nr. 766/2, 6, Verslag; Parl. St. Senaat, 1977-78, nr. 415/2, 188, Verslag]; dat voorts uit de parlementaire voorbereiding van het decreet van de Vlaamse Raad van 12 december 1990 betreffende het bestuurlijk beleid, blijkt dat de decreetgever juist beoogde taken betreffende de waterzuivering voortaan op te dragen aan een vennootschap met een privaatrechtelijk karakter, zulks gelet op de minder goede ervaring met administratieve overheden in het verleden [Toelichting van de bevoegde gemeenschapsminister, Parl. St., VI. R., 1989-90, nr. 395/9, 78 e.v.]; dat daartoe bij artikel 58 van dat decreet, door wijziging van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging, de Vlaamse Waterzuiveringsmaatschappij werd afgeschaft [nieuw artikel 32 decies, § 2] en de uitvoering van de bedoelde taken betreffende de waterzuivering werd

“toevertrouwd aan een vennootschap die de rechtsvorm heeft van een naamloze vennootschap en opgericht is door de Gewestelijke Investeringsmaatschappij voor Vlaanderen of een dochtermaatschappij hiervan” [nieuw artikel 32 septies, § 1];

Overwegende dat aan hetgeen hierboven is vastgesteld geen afbreuk wordt gedaan door hetgeen de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord betoogt; dat, om aan te tonen dat de verwerende partij wel een administratieve overheid is, zij daartoe verwijst naar de bijlage 1 bij het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, waarin de verwerende partij “is opgenomen als organisme van openbaar nut”; dat zij daartoe in haar laatste memorie erop wijst dat de verwerende partij “wel is opgericht op initiatief van een overheid”, namelijk het Vlaamse Gewest, maar “dat betreffende overheid weliswaar, vennootschapsrechtelijk, niet als oprichter is verschenen” en dat er een “duidelijk oorzakelijk verband” is tussen de oprichting van de verwerende partij en het gewijzigde artikel 32 septies van de voormelde wet van 26 maart 1971; dat de verzoekende partij voorts uit nog een aantal andere gegevens poogt af te leiden dat de verwerende partij als de bedoelde administratieve overheid moet worden aangemerkt, zoals haar opdracht van algemeen belang, de indirecte controle door het Vlaamse Gewest door middel van een dochtermaatschappij van de GIMV, de overeenkomst tussen het Vlaamse Gewest en de verwerende partij, “herschreven op 10 november 1993” en waarvan artikel 38 voorziet in allerlei controlevormen door het Vlaamse Gewest, de “beslissingsbevoegdheid” met betrekking tot de waterzuivering die “verdeeld” is tussen de Vlaamse Milieu-maatschappij, de verwerende partij en de gemeenten en de wil van de decretale wetgever, volgens dewelke de verwerende partij “een statuut bekwaam dat -conform de Europese overheidsopdrachtenrichtlijn- niet verplichtte om voorafgaandelijk een oproeping tot mededinging te verrichten, alvorens dat het Vlaamse Gewest opdrachten zou toevertrouwen aan [verwerende partij]” en waarbij het voornoemde artikel 32 septies, § 1, met inbegrip van de daarin vervatte exclusiviteit voor de verwerende partij, slechts mogelijk is indien men haar als een administratieve overheid beschouwt; dat de verzoekende partij in haar memorie na heropening van de debatten aanvoert dat de verwerende partij beslissingen kan nemen die derden binden en dit in het kader van onteigeningen; dat zij voorts vraagt om de statutenwijziging van de verwerende partij van 13 september 2001 te doen voorleggen; dat zij tevens vraagt om te bevelen dat het “compromisakkoord tussen Europese Commissie en de Belgische Staat/Vlaamse Gewest [...] met betrekking tot de taakuitoefening van [de verwerende partij] zonder de wet

overheidsopdrachten te moeten naleven”, zou worden voorgelegd en om “desgevallend nadien, een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie waarbij de vraagstelling als volgt wordt gelibelleerd :

“Voor het geval N.V. Aquafin geenszins wordt beschouwd als een administratieve overheid volgens de gecoördineerde wetten op de Raad van State dd. 12 januari 1973 (daar het geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden) kan zij dan nog worden beschouwd als een 'publiekrechtelijke instelling' in de zin van de Europese regelgeving inzake overheidsopdrachten :

- richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 nr. 71/304/EEG;
- richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 nr. 71/305/EEG;
- richtlijn van de Raad van 18 juli 1989 nr. 89/440/EEG;
- richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 nr. 93/37/EEG”;

Overwegende, wat betreft de stukken die de verzoekende partij wenst te zien neerleggen, dat vooreerst niet kan worden ingezien hoe een statutenwijziging van 2001 nog relevant zou kunnen zijn voor de kwalificatie als administratieve overheid van de verwerende partij op het ogenblik dat zij in 1997 de bestreden beslissingen nam; dat voorts het voormelde “compromis” klaarblijkelijk binnen de toepassing van de -Europeesrechtelijke- regelgeving inzake de overheidsopdrachten dient te worden gesitueerd en aldus geen afbreuk kan doen aan de hogergemaakte conclusie -die te situeren is in de nationaalrechtelijke context van de rechtsmachtenafbakening van de Raad van State-, dat de verwerende partij niet de hoedanigheid heeft van een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de voormelde gecoördineerde wetten; dat evenmin moet worden ingegaan op het verzoek tot het stellen van de gesuggereerde prejudiciële vraag; dat immers het antwoord op die vraag en de kwalificatie van een rechtspersoon als “publiekrechtelijke instelling” het toepassingsgebied van Europeesrechtelijke regelgeving bepaalt en te dezen niet noodzakelijk is om de internrechtelijke vraagstelling te beantwoorden, of door kwalificatie van de verwerende partij als “administratieve overheid” in de zin van het voormelde artikel 14, § 1, een beslissing over de nietigverklaring van haar besluiten tot de rechtsmacht van de Raad van State behoort;

Overwegende, in zoverre de verzoekende partij het heeft over de oprichting van de verwerende partij, dat de verwerende partij haar oorsprong niet vindt in decretale bepalingen, maar reeds was opgericht bij de voormelde akte van 25 april 1990 en dienvolgens voordat het decreet van 12 december 1990 zelfs maar was aangenomen; dat zijzelf overigens toegeeft dat in rechte het Vlaamse Gewest niet de oprichter is van de verwerende partij; dat op de overige onderdelen van het betoog van de verzoekende partij niet nader moet worden ingegaan, nu de Raad van

State hoger heeft vastgesteld dat te dezen de door hem vereiste organieke band tussen de verwerende partij en de overheid ontbreekt en het niet in de wil van de wetgever of decreetgever lag dat het anders had moeten zijn;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de exceptie gegrond is; dat de verwerende partij te dezen niet kan worden aangemerkt als de in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bedoelde administratieve overheid; dat het aldus de Raad van State niet toekomt van de vordering tot nietigverklaring kennis te nemen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achtentwintig februari 2002, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.