Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

A R R E S T

Nr. 107.488 van 7 juni 2002

A. 42.585/VI-11.250

In zake:

1. **de naamloze vennootschap WERKEN,**
   August Reyerslaan 110
   1040 Brussel,

2. **de naamloze vennootschap ALGEMENE BOUWONDERNEMINGEN FERNAND GILLION & ZONEN,**

   Sint-Denijsstraat 132
   1190 Brussel,

3. **de naamloze vennootschap naar Duits recht PHILIPP HOLZMANN,**

   Siegburgerstrasse 183-187
   D. 5000 Keulen (Duitsland),

4. **de naamloze vennootschap ASWEBO**,

   Booiebos 4
   9031 Drongen,

5. **de naamloze vennootschap BETONAC**,

   Hasseltsesteenweg 172
   3800 Sint-Truiden,

6. **de naamloze vennootschap WEGEBO,**

   Nestor Martinstraat 315
   1082 Brussel,

tegen:

de naamloze vennootschap BRUSSELS AIRPORT TERMINAL COMPANY, afgekort als BATC, thans de **publiekrechtelijke naamloze vennootschap BRUSSELS INTERNATIONAL AIRPORT COMPANY**, afgekort als BIAC.,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Mireille SALMON
Dautzenbergstraat 42
1050 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 11 juni 1990 ingediende verzoekschrift waarbij de NV WERKEN, de NV ALGEMENE BOUWONDERNEMINGEN FERNAND GILLION & ZONEN, de vennootschap naar Duits recht PHILIPP HOLZMANN, de NV ASWEBO, de NV BETONAC en de NV WEGEBO de nietigverklaring vorderen van "de beslissing die op 9 april 1990 is genomen door de raad van bestuur van de verwerende partij om de opdracht die het onderwerp is van het bestek van de onderneming "Perceel 10 - ruwbouw - terminal - Y - finger - treinstation en esplanade - pilootaannemer" toe te wijzen aan de aannemerscombinatie gevormd door de vennootschappen SBBM SIX CONSTRUCT - Maurice DELENS - VAN HOUT - VAN RIEL - VAN DEN BERG VERBEECK - WUST";

Gelet op arrest nr. 71.754 dat de Raad van State op 11 februari 1998 in die zaak heeft gewezen en waarbij hij de exceptie van onbevoegdheid afwijst en het beroep tot nietigverklaring toewijst;

Gelet op arrest nr. C.98.0141.F, dat door het Hof van Cassatie op 10 september 1999 in verenigde kamers is gewezen, waarbij het genoemde arrest 71.754 wordt vernietigd en de zaak wordt verwezen naar de anders samengestelde Raad van State, afdeling administratie;

Gelet op arrest nr. 91.586 van 12 december 2000, waarbij de heropening van de debatten wordt gelast en het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat ermee wordt belast een aanvullend verslag op te maken;

Gezien het verslag van de heer NIHOUL, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 27 september 2001, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de beschikking van 16 april 2002, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 8 mei 2002;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories van de partijen;

Gehoord het verslag van de heer LEWALLE, staatsraad,

Gehoord de opmerkingen van Mr. Marc JOASSART, advocaat, die voor de verzoekende partijen verschijnt, en van Mr. Luc DEPRE, loco Mr. Mireille SALMON, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer THIBAUT, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de toedracht van de zaak uiteen is gezet in arrest nr. 71.754 van 11 februari 1998;

Overwegende dat de verwerende partij de bevoegdheid van de Raad van State heeft betwist en nog steeds betwist op de grond dat ze een privaatrechtelijk rechtspersoon was en ze bijgevolg niet beschouwd kon worden als een administratieve overheid op het gebied van toewijzing van opdrachten; dat ze tegen het genoemde arrest nr. 71.754 in cassatie is gegaan; dat het Hof van Cassatie dat arrest bij zijn arrest van 10 september 1999 vernietigd heeft, omdat de Raad van State zijn beslissing dat BATC een administratieve overheid was en dat hij bevoegd was om over het beroep uitspraak te doen, niet naar recht heeft verantwoord, doordat hij niet heeft vastgesteld dat eiseres als "gemengde" vennootschap, waarvan volgens hem het privaatrechtelijk karakter niet uitgesloten was, voor de vervulling van haar opdracht van algemeen belang waartoe de bestreden akte behoorde, over de bevoegdheid beschikte om beslissingen te nemen die derden binden;

Overwegende dat de verzoekende partijen in hun "laatste aanvullende memorie" d.d. 16 november 2001 onder meer aanvoeren dat de redenering waarbij een orgaan als administratieve overheid wordt beschouwd wanneer het over de bevoegdheid kan beschikken beslissingen uit te vaardigen die bindend zijn ten aanzien van derden, een specifiek probleem doet rijzen in het geval van overheidsopdrachten; dat ze als bewijs daarvoor aanvoeren dat de wetgever de bevoegdheid van de Raad van State op dat gebied heeft uitgebreid tot bestuurshandelingen van wetgevende en gerechtelijke instanties; dat ze aanvoeren

dat een publiekrechtelijke instelling in de Europese richtlijnen betreffende overheidsopdrachten gedefinieerd wordt als "iedere instelling, die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, en rechtspersoonlijkheid heeft, en waarvan hetzij de activiteiten in hoofdzaak door de Staat, de territoriale of ander publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, hetzij het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, hetzij de leden van de directie, de raad van bestuur of van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen"; dat ze stellen dat richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, de lidstaten oplegt in beroepsmogelijkheden te voorzien waarbij 1) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen (kunnen worden genomen) om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q . te doen opschorten; 2) onwettige besluiten nietig (kunnen worden verklaard) c.q. (de nietigverklaring ervan bewerkstelligd kan worden), met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure; dat ze aanvoeren dat die richtlijn niet in het Belgische recht is omgezet, aangezien de wetgever geoordeeld heeft dat de bestaande beroepsmogelijkheden, onder meer bij de Raad van State, voldoende waren, waarbij hij er wel voor gezorgd heeft dat de wetgevende en gerechtelijke instanties ook op dat gebied worden gecontroleerd; dat ze aanvoeren dat wanneer de gecoördineerde wetten op de Raad van State op twee wijzen geïnterpreteerd kunnen worden, gekozen moet worden voor de interpretatie die het meest aansluit bij de richtlijnen; dat ze voorts stellen dat onder een beslissing die bindend is ten aanzien van derden iedere eenzijdige handeling moet worden verstaan die rechtsgevolgen teweegbrengt waarvoor geen instemming van de betrokkenen is vereist, zoals de toewijzing van een overheidsopdracht; dat, aangezien het gaat om de vraag of de Raad van State bevoegd is, eerst moet worden nagegaan of de bestreden handeling gesteld is door een administratieve overheid, op basis van de criteria inzake de oprichting en de taak van, en de controle op de steller van de handeling, en vervolgens of de bestreden handeling wel een eenzijdige handeling is die op zich rechtsgevolgen teweegbrengt; dat ze besluiten dat de bestreden handeling wel degelijk een beslissing is die bindend is ten aanzien van derden,

namelijk voor diegene aan wie de opdracht is toegewezen en voor de afgewezen inschrijvers;

Overwegende dat de verwerende partij in haar "laatste memorie na de heropening van de debatten" d.d. 28 december 2001 opwerpt dat de Raad van State niet bevoegd is; dat ze aanvoert dat het haar niet gegeven is eenzijdig beslissingen te nemen die bindend zijn ten aanzien van derden, aangezien ze onder meer niet over onteigeningsbevoegdheid beschikt, vermits artikel 12, eerste en tweede lid, van het statuut van de voormalige Regie der Luchtwegen eigen is gebleven aan die Regie; dat ze voorts stelt dat ze geenszins het statuut van het vastbenoemde personeel regelt dat haar door de voormalige Regie der Luchtwegen ter beschikking is gesteld en dat de bevoegdheid om vergoedingen te heffen die haar is toegekend bij het koninklijk besluit van 10 december 1987 tot wijziging van het koninklijk besluit van 17 januari 1977 houdende vaststelling van de vergoedingen te heffen door de Regie der Luchtwegen, niet verward mag worden met de bevoegdheid om de grondslag en de wijze van berekening van die vergoedingen te bepalen, daar de verordenende bevoegdheid terzake immers in handen blijft van de Koning krachtens artikel 5, § 1, van de wet van 27 juni 1937 houdende herziening van de wet van 16 november 1919 betreffende de regeling der Luchtvaart; dat ze aanvoert dat haar interpretatie bevestigd wordt door de wetsbepalingen waarbij BATC is omgevormd tot een publiekrechtelijke naamloze vennootschap met de naam "Brussels International Airport Company" (BIAC), aangezien die bepalingen haar expliciet bevoegdheden hebben toegekend waarover BATC voordien niet beschikte; dat de artikelen 181 en volgende van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, zoals ingevoegd bij het koninklijk besluit van 2 april 1998 tot hervorming van de beheersstructuren van de luchthaven Brussel-Nationaal, BIAC bevoegd maken om de vergoedingen vast te stellen voor de diensten die ze verstrekt in het kader van het ontvangen, laten instappen, laten uitstappen en overbrengen van passagiers, en de vergoedingen die de luchtvaartmaatschappijen verschuldigd zijn voor het gebruik van de grondinstallaties; dat BIAC haar personeel moet aanwerven binnen de perken van een formatie, en het onder een rechtspositieregeling moet laten vallen, onverminderd het recht om gebruik te maken van het stelsel van arbeidscontractanten in de gevallen bepaald in de artikelen 29 en 189 van de genoemde wet van 21 maart 1991; dat ze bovendien krachtens artikel 194 van dezelfde wet reglementen vermag uit te vaardigen om op de luchthaven Brussel-Nationaal een aantal aangelegenheden te regelen die in dat artikel opgesomd zijn, met inachtneming van de basisbeginselen en de grenzen bepaald in het beheerscontract en onverminderd de regelgevende bevoegdheid van de Koning die Hem bij de genoemde wet van 27 juni 1937 is toebedeeld; dat ze

besluit dat de bestreden beslissing genomen is door een naamloze vennootschap met privaatrechtelijk karakter, of zelfs met een gemengd karakter, die niet de prerogatieven had van een openbare macht en geen bindende beslissingen kon nemen ten aanzien van derden;

Overwegende dat in het genoemde arrest van het Hof van Cassatie van 10 september 1999 staat "dat instellingen, opgericht of erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke macht of de wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden; dat een naamloze vennootschap, die, ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan de controle van de overheid, geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, haar privaatrechtelijk karakter niet verliest; dat hiervoor niet terzake doet dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd"; dat de Raad van State wat dat betreft krachtens artikel 33 van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State gebonden is;

Overwegende dat het statuut van de Regie der Luchtwegen als bijlage was opgenomen bij het koninklijk besluit van 5 oktober 1970 houdende omwerking van het statuut van de Regie der Luchtwegen; dat in artikel 1 van dat statuut stond dat die maatschappij "er mee belast (was) in het algemeen belang en met toepassing van de nijverheids- en handelsmethodes, de luchthavens en dezer aanhorigheden te bouwen, in te richten, te onderhouden en te exploiteren, alsmede de veiligheid van de luchtvaart te verzekeren"; dat de opdrachten van algemeen belang die in dit takenpakket vervat liggen enerzijds de veiligheid van de luchtvaart en anderzijds de veiligheid van het in- en uitstappen van passagiers tot doel hadden, waarbij laatstgenoemde opdracht voornamelijk uitgevoerd wordt bij de bouw, de aanleg en het onderhoud van luchthavens; dat artikel 1 van het koninklijk besluit nr. 425 van 1 augustus 1986 tot wijziging van het statuut van de Regie der Luchtwegen, dat uitgevaardigd is op grond van artikel 1, 2°, c, van de wet van 27 maart 1986 tot toekenning van bepaalde bijzondere machten aan de Koning, de Regie de mogelijkheid bood, nadat zij ertoe gemachtigd was bij een koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, zich te verenigen met één of meer natuurlijke of rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met het oog op de constructie, de inrichting, het onderhoud en de exploitatie van de luchthavens en van hun aanhorigheden, of hun deze opdrachten toe te vertrouwen; dat in artikel 2 van hetzelfde besluit stond dat ingeval de Regie zich zou verenigen

met derden of hun sommige van haar activiteiten zou overdragen, zij met de vennootschap of met die derden een contract zou kunnen afsluiten waarbij zij sommige van haar beambten en agenten voor die activiteiten zou bestemmen en deze hun rechtspositieregeling van beambte of agent van de Regie zouden behouden; dat haar bij artikel 3 de bevoegdheid werd verleend aan de in artikel 1 bedoelde associatie elk zakelijk recht af te staan dat noodzakelijk is voor de uitoefening van de activiteiten met het oog waarop zij zich met derden verenigt of die zij daaraan overdraagt, en de bevoegdheid hun alle andere rechten en verplichtingen over te dragen die voordien wegens die activiteiten ten aanzien van haar ontstaan; dat artikel 4 bepaalde dat, in geval van onteigening, door tussenkomst van de Staat alle onroerende goederen zouden worden verkregen die nodig worden geacht voor de uitoefening van de activiteiten die de Regie aan derden zou hebben overgedragen of waarvoor zij zich met hen zou hebben verenigd; dat artikel 5 bepaalde dat de vennootschap waarvan de Regie deel zou uitmaken, of de derden aan wie zij bepaalde activiteiten zou hebben overgedragen, bij koninklijk besluit gemachtigd zouden kunnen worden rechten, vergoedingen en taksen te innen met betrekking tot de activiteiten die het voorwerp zouden zijn van de vereniging of van de overdracht; dat luidens het verslag aan de Koning, het nagestreefde doel erin bestond de toekomstige uitbreiding van de luchthaven Brussel-Nationaal zonder geldelijke tegemoetkoming van de Staat mogelijk te maken opdat deze luchthaven zijn niveau van competitiviteit zou behouden ten aanzien van zijn naaste concurrenten door de oprichting van een gemengde maatschappij, waarin de Regie tegenwoordig zou zijn, om de uitbreidingswerken te financieren van het luchthavenstation en er de exploitatie van te verzekeren; dat de Regie der Luchtwegen er bij een koninklijk besluit van 10 december 1987 toe gemachtigd is deel te nemen aan de naamloze vennootschap, op te richten onder de benaming "NV Brussels Airport Terminal Company SA", afgekort als BATC; dat uit het verslag aan de Koning blijkt dat B.A.T.C. een "privaatrechtechtelijke vennootschap (zou zijn) (...) waarvan de Regie deel zal uitmaken met meer dan 25% der aandelen wat een blokkeringsminderheid inhoudt", dat het doel van BATC hierin zou bestaan: "het passagiersgebouw en zijn toekomstige uitbreidingen, met inbegrip van het parkeergebouw en de toegangswegen, te beheren en te exploiteren, de vereiste uitbreidings-, verbeterings- en moderniseringswerken in fasen te realiseren en te financieren met kapitalen die uitsluitend van de privésector afkomstig zullen zijn"; dat de Regie, om BATC in staat te stellen haar opdracht waar te maken, een inbreng in natura zou doen van haar volledige passagiersactiviteit in het passagiersgebouw, met uitzondering van het fouilleren van passagiers en hun handbagage, en dat aan BATC, opdat ze de aan die inbreng verbonden verplichtingen kon nakomen, het recht verleend zou worden om de inschepingsvergoedingen te innen en de vergoedingen voor het

gebruik van de loopbruggen voor passagiers, welke vergoedingen vastgesteld zijn bij koninklijk besluit van 17 januari 1977; dat het genoemde koninklijk besluit van 17 januari 1977 bij een koninklijk besluit van 10 december 1987 gewijzigd is, waarbij artikel 1 ervan als volgt is aangevuld: "De naamloze vennootschap 'NV Brussels Airport Terminal Company SA' (BATC) wordt evenwel, vanaf haar oprichting, gemachtigd, onder de voorwaarden van dit besluit en overeenkomstig hoofdstuk III, de verschuldigde vergoedingen te heffen voor het gebruik van de ten behoeve van (het) passagiersgebouw van de Nationale Luchthaven aangebrachte installaties";

Overwegende dat uit de genoemde koninklijke besluiten niet kan worden besloten dat BATC opgericht is door de federale overheid, doch slechts dat deze hieraan heeft deelgenomen; dat evenmin uit dezelfde koninklijke besluiten blijkt dat BATC bevoegd was om beslissingen te nemen die bindend waren ten aanzien van derden; dat immers:

- ofschoon de onroerende goederen die nodig worden geacht voor de uitoefening van de activiteiten die de Regie haar had overgedragen of waarvoor zij zich had verenigd, bij wege van onteigening konden worden verkregen, die onteigening alleen door de Staat kon geschieden;

- ze geenszins over de bevoegdheid beschikte om de rechtspositieregeling van haar personeel uit te werken of om hen bij wege van een eenzijdige beslissing te benoemen;

- ook al had ze het recht gekregen om de vergoedingen te innen die vastgesteld zijn bij het genoemde koninklijk besluit van 17 januari 1977, ze daarvan niet het bedrag mocht vaststellen, noch de nadere regels inzake vrijstelling, vermindering of inning;

dat daaruit volgt dat BATC geen administratieve overheid is volgens de betekenis die aan dat begrip wordt gegeven in het genoemde arrest van 10 december 1999 van het Hof van Cassatie;

Overwegende dat noch op grond van de communautaire richtlijnen, en inzonderheid van de genoemde richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989, noch op grond van de wet van 25 mei 1999 tot wijziging van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, van de wet van 5 april 1955 inzake de wedden van de ambtsdragers bij de Raad van State, alsook van het Gerechtelijk Wetboek, de Raad van State bevoegd kan worden

verklaard; dat het immers enerzijds, bij de huidige stand van het geding, er niet om gaat te bepalen of de communautaire richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing waren op BATC en in welke mate, maar alleen of de Raad van State bevoegd is om kennis te nemen van het onderhavige beroep met toepassing van artikel 14 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, en dit met inachtneming van het verwijzingsarrest wat betreft het rechtspunt waarover daarin uitspraak is gedaan; dat de genoemde richtlijnen, en inzonderheid de twee zogenaamde "beroeprichtlijnen", namelijk de genoemde richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989, en richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, het aan de lidstaten overlaten binnen hun interne rechtsorde de instanties en rechtscolleges aan te wijzen die bevoegd zijn om kennis te nemen van de rechtsmiddelen waarvan daarin sprake is; dat de Raad van State wegens ontstentenis van een bijzondere wetsbepaling, die in casu niet bestaant, alleen bevoegd is om van die beroepen kennis te nemen wanneer de aanbestedende overheid onder de werkingssfeer ratione personae van het reeds genoemde artikel 14 valt, meer bepaald met inachtneming van de interpretatie die daaraan wordt gegeven in het verwijzingsarrest; dat dat hier niet het geval is, aangezien BATC niet over de bevoegdheid beschikt om beslissingen te nemen die derden binden; dat anderzijds de uitbreiding van de bevoegdheid van de Raad van State zoals bepaald in de genoemde wet van 25 mei 1999, niet het gevolg is van een ruimere definitie van het begrip administratieve overheid, maar van het feit dat in het gewijzigde artikel 14, § 1, naast de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, ook melding wordt gemaakt van de administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblées, van het Rekenhof en van het Arbitragehof, evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad van de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel;

Overwegende dat uit al het bovenstaande volgt dat de Raad van State niet bevoegd is om kennis te nemen van de bestreden handeling,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 594,96 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, ten belope van 99,16 euro elk.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op zeven juni tweeduizend twee door:

de HH.	ANDERSEN	voorzitter van de Raad van State,
	LEWALLE,	staatsraad,
	QUERTAINMONT,	staatsraad,
	HARMEL,	griffier.

De Griffier, **De Voorzitter,**

P. HARMEL. **R. ANDERSEN.**

**VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.**