RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 63.027 van 13 november 1996
in de zaak A. 69.325/IV-15.817.

In zake : de n.v. Betonkonstruktie V.D. Hemiksem,
die woonplaats kiest bij
Advocaten F. de VISSCHER en C. DE WOLF,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tervurenlaan 268A

tegen :

de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen,
die woonplaats kiest bij
Advocaat bij het Hof van Cassatie Ph. GERARD en Advocaat K. RONSE,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Louizalaan 523.

D E R A A D V A N S T A T E, IVe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de n.v. Betonkonstruktie V.D. Hemiksem op 12 juni 1996 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de N.M.B.S. d.d. 3 mei 1996 om de bestellingen van bi-bloc dwarsliggers niet te hernemen, en de impliciete bevestiging verzoekende partij uit te sluiten van deelneming aan overheidsopdrachten voor het leveren van dwarsliggers";

Gezien het verzoekschrift dat dezelfde verzoekende partij op 12 juni 1996 heeft ingediend tot het bevelen van voorlopige maatregelen, te weten "de verwerende partij te bevelen dat zij onverwijld alle noodzakelijke maatregelen zou treffen om een gelijke toegang van de verzoekende partij te waarborgen tot alle toekomstige opdrachten voor het leveren van betonnen dwarsliggers. Dit houdt in dat de verwerende partij dient te zorgen voor het opstellen van een kwalificatiesysteem betreffende de betonnen dwarsliggers

type bi-bloc of voor het uitbreiden van het bestaande kwalificatiesysteem tot alle types betonnen dwarsliggers en dit uiterlijk binnen de twee maanden na uitspraak van uw tussen te komen arrest"; dat zij verzoekt hierbij "een dwangsom van 1 miljoen BF aan de N.M.B.S. op te leggen voor elke dag vertraging voor het in werking treden van het kwalificatiesysteem betreffende de bi-bloc betonnen dwarsliggers, te rekenen vanaf de twee maanden";

Gelet op de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, inzonderheid op de artikelen 17 en 18;

Gezien de nota's van de verwerende partij;

Gezien het verslag opgemaakt door Auditeur J. STEVENS;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 4 september 1996 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 1 oktober 1996;

Gehoord het verslag van Staatsraad M.-R. BRACKE;

Gehoord de opmerkingen van Advocaat C. DE WOLF, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van Advocaat K. RONSE, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van Auditeur J. STEVENS;

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

1. Overwegende dat de relevante gegevens van de zaak de volgende zijn :

1.1. Met een fax van 11 februari 1994 deelt Ir. VAN WOUWE van het Departement Infrastructuur aan de verzoekende partij mede :

> "Sinds onze fax van 03.08.93 zijn er reeds heel wat contacten geweest m.b.t. problemen inzake de kwaliteit van de door uw firma geleverde betonnen bi-bloc dwarsliggers.
> De NMBS heeft beslist om ten overstaan van alle fabrikanten van deze dwarsliggers een expertise te vorderen ten einde de technische evaluatie ervan en de te nemen maatregelen tegensprekelijk te kunnen vaststellen.
> Daartoe worden ten spoedigste de nodige initiatieven genomen.
> Anderzijds is het U wellicht bekend dat de NMBS geconfronteerd is met een belangrijke gerechtelijke schadeclaim wegens zogenaamde inbreuk op octrooien inzake bi-bloc dwarsliggers.
> Ondanks de overtuiging van de NMBS dat deze vordering iedere rechtsgrond mist, ziet zij zich genoodzaakt ieder risico tot uitbreiding van deze schadeclaim uit te sluiten.
> Vandaar dat beslist is in afwachting van de resultaten van de tegensprekelijke expertise inzake de kwaliteit van deze dwarsliggers en een definitieve beslissing omtrent de betwisting inzake namaak, tijdelijk af te zien van nieuwe bestellingen van betonnen bi-bloc dwarsliggers";

Ook aan de andere fabrikanten van betonnen bi-bloc dwarsliggers wordt een dergelijke brief toegestuurd.

1.2. Met een brief van 3 maart 1994 reageert de verzoekende partij op de brief van 11 februari 1994 als volgt :

"I. Kwaliteit

1. Ten titel van de oudste producent van betonnen bi-bloc dwarsliggers in België, hebben wij -tot 1990- nooit kennis gehad van kwaliteitsproblemen in de leveringen van het V.D.H.-TYPE aan de N.M.B.S. Meer dan een miljoen dwarsliggers van dit type werden vervaardigd tot volledige voldoening van de gebruikers van de spoorwegnetten, zoals de attesten van de N.M.B.S. en van andere Europese, Aziatische en Afrikaanse spoorwegnetten het bewijzen.
   Het grootste deel van het Franse spoorwegnet van de 'S.N.C.F.' heeft een bi-bloc-uitrusting; al haar TGV-lijnen in exploitatie zijn met betonnen bi-bloc dwarsliggers uitgerust. Onze fabricagemethode is te vergelijken met deze van de Franse producenten, maar is aangepast aan de PANDROL-bevestiging (geoctrooieerd) -door de N.M.B.S. gekozen- en verschillend van de door de 'S.N.C.F.' gebruikte bevestiging (ook geoctrooieerd). Bovendien bevoorrecht ons fabricageprocédé de duurzaamheid van de dwarsligger in het spoor (hoog verdichtings- en persingsniveau van het beton) zonder het aspect ervan te valoriseren (geen additieven waarvan de gevolgen op termijn schadelijk kunnen zijn).
2. De N.M.B.S. heeft, om redenen van aankoopbeleid, het V.D.H.-model opgegeven en nieuwe fabricagetechnieken voor betonnen bi-bloc dwarsliggers toegelaten (lassing op de koppelstaven); dit procédé wordt door geen enkel ander net gebruikt. Zoals wij het U herhaaldelijk hebben geaccentueerd, lijkt ons deze methode in strijd met de grondregels op dit gebied; bovendien, in afwijking van de gebruikelijke voorzorgsmaatregelen, werden, zonder het proefondervindelijk gedrag van deze nieuwe dwarsliggers af te wachten, grote hoeveelheden ervan onmiddellijk op het N.M.B.S.-net geplaatst. Men zal eveneens opmerken dat de bi-bloc dwarsliggers van de 'S.N.C.F.' vervaardigd zijn met dezelfde koppelstaven als deze door de Belgische producenten gebruikt. Alleen de bi-bloc dwarsliggers van de Belgische producenten die een lassing uitvoeren, met het akkoord en zonder voorbehoud van de N.M.B.S., hebben breuken. De 'S.N.C.F.' heeft nooit lassingen op de koppelstaven toegestaan, zoals dit overigens vroeger het geval was van de technische dienst van de N.M.B.S.
   Onze vennootschap, houdster van een solide technologie, waarvan U, op meer dan tien jaar, de veiligheid voor het net hebt kunnen waarderen, betreurt ten zeerste de toestand die voor het ogenblik bij de N.M.B.S. heerst.

Behalve de belangrijke schade die zij ondervond en die U gekend is, kan zij niet aanvaarden heden verward te worden met onervaren concurrenten, betreffende kwaliteitsproblemen in de leveringen, zoals uw omzendbrief, zonder onderscheid gericht tot al uw 'goedgekeurde producenten', het laat vermoeden.

(...)

4. In de hoedanigheid van enige Belgische exporterende vennootschap van de technologie van betonnen bi-bloc dwarsliggers, bevestigen wij U, indien nodig, onze voortdurende zorg voor de naleving van de kwaliteit en de normen voor het goede imago van het produkt.

II. Octrooien

Wat het tweede gedeelte van uw brief betreft, dat betrekking heeft op een belangrijke gerechtelijke schadeclaim wegens zogenaamde inbreuk op octrooien inzake bi-bloc dwarsliggers, veronderstellen wij dat het om onze eigen klacht gaat - dagvaarding van december 1993. In deze veronderstelling, veroorloven wij ons U opmerkzaam te maken op wat volgt :

- zoals U het wist, moest onze dagvaarding U voor de uiterste datum van de verjaringstermijn (vijf jaar) toegezonden worden; wij hadden geen keuze en moesten aldus onze rechten vrijwaren ongeacht de minnelijke schikking die wij wilden treffen en die nog altijd mogelijk is;
- U was volkomen op de hoogte van de juridische waarde van onze octrooien, aangezien U ons, in uw schrijven van 5 december 1988, verzocht eraan te verzaken, hetgeen wij niet konden aanvaarden (zie ons antwoord van 15 december 1988);
- om het probleem op te lossen, hadden wij in 1989 een overeenkomst, die U ons voorgesteld had en die door uw bestuursorgaan goedgekeurd werd, ondertekend; U hebt ze, voor redenen die door ons niet gekend zijn, noch willen ondertekenen, noch willen uitvoeren, hetgeen ons ten slotte verplicht heeft ze zonder rechtskracht te beschouwen;
- in het kader van de naleving van de betreffende wetgevingen willen wij graag bijdragen tot een opbouwende oplossing in dit gebied met de N.M.B.S.; de van kracht wording van een akkoord, dat onzerzijds altijd gemakkelijk scheen te verkrijgen, zou onze rechtshandeling ongedaan maken; wij verwachten U voorstellen daaromtrent;
- onze eigen leveringen, evenals deze van de concurrenten eveneens gerechtigd om onze fabricage-octrooien in België te gebruiken, sluiten vanzelfsprekend voor de N.M.B.S. elk

risico op aanvechtingen van onzentwege inzake octrooien uit. Er is dus nooit een belemmering geweest voor bestellingen van bi-bloc dwarsliggers bij een of meerdere leveranciers door de N.M.B.S. goedgekeurd.

III.

Hierbij hopen wij U de gewenste bijzonderheden, betreffende de twee punten (kwaliteit en octrooien) in uw hogervermelde brief aangehaald, overgemaakt te hebben.
...".

1.3. Met schrijven van 30 augustus 1994 ondertekend door Ir. VAN WOUWE en directeur WILLEMS antwoordt de verwerende partij :

"In uw brief haalt u aan dat de NMBS om redenen van aankoopbeleid is overgestapt van de VDH-dwarsligger op de nieuwe types B31 en B41. Dat is geenszins het geval en de overstap gebeurde om redenen van standaardisatie en de technische verbeteringen die de nieuwe types betekenen.
De B31 en B41 voldoen aan de gestelde technische eisen uitgevaardigd voor beide types. Voorafgaand aan de productie werden voldoende proeven uitgevoerd en testbaanvakken aangelegd om de nieuwe types te testen en hun kwaliteit te beoordelen. Ook uw firma heeft uiteindelijk beide types dwarsliggers gefabriceerd zonder enig voorbehoud.
Nochtans hebben uw leveringen problemen gegeven : wij verwijzen in dit verband o.m. naar onze brief RH/JN/7.20/238b van 19.07.94 waarmee wij u meldden dat 593 van uw dwarsliggers B31 afgekeurd werden wegens fabricagefouten.
De beoogde expertise zal o.m. tot doel hebben een onafhankelijk oordeel te bekomen over de kwaliteit, de fabricatieprocédés en de levensverwachtingen van de geleverde dwarsliggers.
Anderzijds stelt uw firma omwille van zogenaamde namaak die hierbij zou gepleegd zijn op uw brevetten, belangrijke financiële eisen, terwijl uw vertegenwoordigers in dit verband eveneens strafrechterlijke klachten hebben ingediend lastens de vertegenwoordiger van de NMBS.
Het Directiecomité heeft in zijn zitting van 18 juli 1994 de leveringen van betonnen dwarsliggers besproken en vastgesteld dat wellicht nog voor zeer lange tijd het probleem van de hiervoor vermelde gerechtelijke procédures gesteld zal blijven. Zolang er hierin geen definitieve beslissing valt, wordt inzake betonnen dwarsliggers het systeem van erkenning van geschiktheid overeenkomstig de Europese wetgeving enkel opgezet voor monoblocs en zullen geen opdrachten voor biblocs geplaatst worden.

Derhalve kan slechts de inhoud van het schrijven van 11 februari 1994 bevestigd worden.
Onderhavig schrijven wordt u toegezonden onder voorbehoud van alle recht en zonder enige nadelige erkentenis".

1.4. Inmiddels, op 27 juli 1994 doet de verwerende partij in het publicatieblad van de Europese Gemeenschappen een mededeling inzake het bestaan van een prekwalificatiesysteem uitdrukkelijk beperkt tot leveranciers van betonnen dwarsliggers, type monobloc. De verzoekende partij neemt aan dat kwalificatiesysteem niet deel en legt bij de Europese Commissie klacht neer wegens de beperking van dat prekwalificatiesysteem tot de leveranciers van dwarsliggers, type monobloc. Ook richt zij hiertegen protest tot de verwerende partij met als betoog dat die beperking indruist tegen de Europese wetgeving en dat beide soorten dwarsliggers vanuit technisch oogpunt gelijkwaardige en onderling verwisselbare producten zijn (brieven van 6 februari 1995 en 31 mei 1995). Dat betoog wordt door de verwerende partij weerlegd met brieven van 24 mei 1995 en 21 september 1995.

1.5. Op 11 juli 1995 besluit het beperkt Comité van de verwerende partij een beperkte offerteaanvraag uit te schrijven voor de levering van 590.000 betonnen dwarsliggers beperkt tot de leveranciers geselecteerd bij vermeld kwalificatiesysteem.

1.6. Met een verzoekschrift van 9 september 1995 vordert de verzoekende partij de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van die beslissing.

Bij arrest nr. 55.390 van 26 september 1995 verwerpt de Raad van State die vordering. Aangezien de verzoekende partij na voormeld schorsingsarrest geen annulatieberoep indient, wordt dat dossier van de rol afgevoerd.

1.7. Op 19 februari 1996 schrijft de verzoekende partij aan de verwerende partij onder meer :

"De elementen die recent te onzer kennis werden gebracht doen inderdaad uitschijnen dat enerzijds binnen de NMBS zelf de betrokken diensten niet gekant zijn tegen het principe van de bi-bloc dwarsligger en anderzijds dat door de SNCF werd bevestigd dat dit type van dwarsligger perfekt is aangepast aan de noden van elk spoornet, en in het bijzonder voor de HST. (...) De uitsluiting van bi-bloc dwarsliggers door de NMBS wordt niet verantwoord door technische overwegingen betreffende het type zelf van deze dwarsligger. Elke uitsluiting zou dan ook enkel van slechte wil getuigen ontstaan ten gevolge van moeilijkheden ontmoet bij enkele andere leveranciers die met de koppelstaaflassen(wat onze onderneming niet doet), zoals ook als retorsiemaatregel dienen tegenover ons aangezien onze onderneming gedwongen werd zich te wenden tot de bevoegde autoriteiten (wat trouwens haar recht en zelfs haar plicht is eerder dan haar geschillen via illegale middelen op te lossen).

Nu dat aan de door de Heer BRUNET ingeleide strafzaak een einde werd gesteld, mag dan ook geen enkel argument worden afgeleid uit de gerechtelijke zaken om de toetreding tot de NMBS opdrachten te weigeren aan de bi-bloc dwarsliggers. Wat in het bijzonder de procedure betreft die wij tegen ons zin gedwongen werden in te leiden tegen de NMBS inzake namaak van octrooien wegens het dreigen van de verjaringstermijn, dient te worden herhaald dat er verschillende modellen van de type bi-bloc bestaan, modellen die buiten ons octrooi vallen. Wij hebben bovendien in België een licentiehouder (Prefer) die niet aarzelt, terecht, om met ons in concurrentie te treden. Er is dus geen enkel geldig argument dat de NMBS zou kunnen afleiden van een octrooigeschil en trouwens van elk ander geschil. (...)

Voor de goede orde, gezien het belang van het onderwerp, manen wij door dit schrijven de NMBS aan om uitspraak te doen over dit verzoek om in de toekomst de bestekken voor levering van dwarsliggers te openen aan de bi-bloc beton dwarsliggers voor alle gebruiksmogelijkheden behalve waar, omwille van behoorlijk gemotiveerde technische redenen, het gebruik van monobloc dwarsliggers zich opdringt. Indien de NMBS van het kwalificatiesysteem, dat voor de monobloc dwarsliggers (sic) werd gehanteerd, gebruik maakt, dient het actuele systeem te worden geopend voor de producenten van bi-bloc dwarsliggers. In elk geval, dienen de opdrachten zowel voor de producenten van bi-bloc dwarsliggers als voor de producenten van monobloc dwarsliggers te worden geopend en dit zonder discriminatie".

1.8. Ir. VAN WOUWE antwoordt met brief van 3 mei 1996 :

> "Wij kunnen slechts herinneren aan de inhoud van de brieven van 30 augustus 1994 en 11 februari 1994.
> Ondanks de overtuiging dat de belangrijke financiële eisen die door uw firma worden gevorderd wegens zogenaamde inbreuk op octrooien inzake bi-bloc dwarsliggers iedere grondslag missen, kan de NMBS niet blootgesteld worden aan het risico van eventuele uitbreiding van deze claim.
> Zolang deze procedure niet afgesloten is kunnen de bestellingen van bi-bloc dwarsliggers en de daaraan voorafgaande procedures derhalve niet hernomen worden".

Het is die brief die het voorwerp uitmaakt van de onderhavige vordering.

2.1. Overwegende dat de verwerende partij onder meer als exceptie aanvoert dat indien de bestreden brief als een administratieve uitvoerbare beslissing moet worden beschouwd -quod non- die beslissing alleszins een loutere herhaling, bevestiging is van de vroegere beslissingen van 11 februari en van 30 augustus 1994; dat zij betoogt dat de brief van 3 mei 1996 dezelfde draagwijdte en gevolgen heeft als de brieven van 11 februari en 30 augustus 1994, alsook dezelfde motivering draagt en dat de elementen door de verzoekende partij in haar schrijven van 19 februari 1996 aangebracht, geen nieuwe studie van het dossier noodzakelijk maakten;

2.2. Overwegende dat de verzoekende partij ter terechtzitting betoogt dat de brief van 3 mei 1996 voor gevolg heeft dat voorlopig geen kwalificatiesysteem voor leveranciers van bi-bloc dwarsliggers wordt opgestart en dat zodoende de aangevochten beslissing inhoudt dat zij a priori en sine die wordt uitgesloten om mee te dingen aan een procedure houdende de gunning van overheidsopdrachten voor het leveren van betonnen dwarsliggers en

dat zodoende de draagwijdte van de brief van 3 mei 1996 verschillend is en meer verstrekkende gevolgen heeft dan de beslissing van 11 februari 1994 die louter betrekking had op het niet hernemen van de bestellingen van betonnen bi-bloc dwarsliggers; dat zij ook betoogt dat zij in haar brief van 19 februari 1996 nieuwe elementen heeft aangebracht die noopten en hebben geleid tot een nieuw onderzoek van de zaak; dat zij benadrukt dat het enig doel van haar vordering is dat de verwerende partij een prekwalificatiesysteem start voor leveranciers van bi-bloc dwarsliggers;

2.3.1. Overwegende dat de bestreden brief van 3 mei 1996 begint met de niet mis te verstane woorden : "wij kunnen slechts herinneren aan de inhoud van de brieven van 30 augustus 1994 en 11 februari 1994" en dat in de brief van 3 mei 1996 nogmaals wordt benadrukt hetgeen reeds in de brief van 11 februari 1994 werd gesteld, namelijk dat de verwerende partij zich niet kan blootstellen aan het risico van een eventuele uitbreiding van de schadeclaim wegens zogenaamde inbreuk op octrooien inzake bi-bloc dwarsliggers en dat zolang die procedure niet is afgesloten de bestellingen van die dwarsliggers en de daaraan voorafgaande procedures niet kunnen worden hernomen; dat de verzoekende partij op de brief van 11 februari 1994 met haar schrijven van 3 maart 1994 heeft gereageerd, waarop als antwoord is gekomen de brief van 30 augustus 1994, waarbij de verwerende partij de inhoud van de brief van 11 februari 1994 uitdrukkelijk bevestigt met als toevoeging dat zolang omtrent de gerechtelijke procedure wegens zogenaamde inbreuk op octrooien inzake bi-bloc dwarsliggers geen definitieve beslissing valt, het systeem van erkenning van geschiktheid inzake betonnen dwarsliggers overeenkomstig de Europese wetgeving enkel wordt opgezet voor monobloc dwarsliggers; dat zo te zien, de verzoekende partij het niet juist voor heeft wanneer zij stelt dat "in casu de draagwijdte en de gevolgen van de bevestigingsbeslissing

van 3 mei 1996 zeer verschillend (zijn) van deze van de vorige beslissingen waarnaar de verwerende partij in dit schrijven verwijst" daar met evengenoemde brief "de voorbereidingen betreffende het opstellen van een kwalificatiesysteem voor leveranciers van bi-bloc betonnen dwarsliggers sine die (worden) stopgezet", namelijk "zolang deze procedure niet is afgesloten";

2.3.2. Overwegende dat wanneer de verzoekende partij het heeft over nieuwe elementen die zij in haar brief van 3 mei 1996 heeft aangebracht, zij, blijkens ter terechtzitting verschafte preciseringen, doelt op de technische gunstige beoordeling door de SNCF van betonnen dwarsliggers type bi-bloc en op het feit dat de technische diensten van de verwerende partij niet gekant zijn tegen het principe van dat soort van dwarsliggers; dat, daargelaten de vraag of deze argumentatie in wezen wel verschillend is van de argumenten door de verzoekende partij reeds aangebracht in haar schrijven van 3 maart 1994, zij echter de verwerende partij niet tot een nieuw onderzoek en dus tot een nieuwe beslissing moest brengen; dat, immers, voor haar het bezwaar ontleend aan de gerechtelijke procedure omtrent de octrooirechten overeind bleef staan en dat uit haar brieven van 11 februari 1994 en 30 augustus 1994 blijkt dat dit bezwaar voor haar volstond om haar beslissing te verantwoorden; dat aangezien met haar antwoord van 3 mei 1996 de verwerende partij niet meer moest doen en niet meer heeft gedaan dan louter bevestigen hetgeen zij reeds in haar brieven van 11 februari en 30 augustus 1994 duidelijk had gesteld, de vorderingen tot schorsing en tot het bevelen van voorlopige maatregelen alleen reeds om die reden moeten worden verworpen,

B E S L U I T :

Enig artikel.

De vorderingen tot schorsing en tot het bevelen van voorlopige maatregelen worden verworpen.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertien november 1900 zesennegentig, door de IVe kamer, die was samengesteld uit :

de H.	J. BORRET,	kamervoorzitter, voorzitter,
Mevr.	M.-R. BRACKE,	kamervoorzitter,
de H.	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	V. WAUTERS,	toegevoegd griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

V. WAUTERS. **J. BORRET.**