

AW

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.982/4
DU 25 JUIN 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Mobilité et des Travaux publics de la Région de Bruxelles-Capitale, le 2 mai 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé à soixante jours ^(*), sur un avant-projet d'ordonnance "portant organisation des transports publics desservant des lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale", a donné l'avis suivant :

^(*) Par une lettre du Ministre du 9 mai 2007.

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet d'ordonnance appelle les observations ci-après.

I. Objet de l'avant-projet d'ordonnance

1. L'avant-projet d'ordonnance a pour objet de confier à la STIB l'organisation⁽¹⁾ d'un service de transport principalement destiné aux voyageurs souhaitant visiter des lieux d'intérêt de la Région de Bruxelles-Capitale. La STIB serait toutefois tenue de sous-traiter ce service. Le Gouvernement pourrait cependant l'autoriser à exploiter elle-même le service en question si elle ne trouvait pas de sous-traitants ou si ceux-ci étaient en défaut (articles 4, 7 et 9 de l'avant-projet d'ordonnance). Néanmoins, l'avant-projet d'ordonnance n'envisage l'impossibilité d'intéresser un sous-traitant qu'à titre exceptionnel⁽²⁾. Une telle impossibilité est, de surcroît, très peu probable. L'exposé des motifs indique en effet que

"la Région [...] est confrontée à la prolifération des lignes de bus qui font découvrir aux touristes les sites remarquables de la Région"⁽³⁾.

⁽¹⁾ Il ressort en effet de la note aux membres du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 26 avril 2007 (p. 2) jointe à l'avant-projet d'ordonnance (ci-après la "note du 26 avril 2007"), que "le but est que cette offre soit organisée, plutôt qu'exploitée, par la STIB".

⁽²⁾ Le délégué du ministre a lui-même qualifié cette éventualité d'exceptionnelle. Il a ainsi exposé que "De exclusiviteit voor de MIVB gecombineerd met de uitbesteding laat ook toe, in het uitzonderlijke geval geen onderaannemer zou kunnen worden gevonden, dat de MIVB alsnog zelf in een aanbod zou kunnen voorzien".

⁽³⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 1.

Ainsi, trois entreprises privées ont déjà été autorisées à exploiter ce service après des litiges témoignant de l'intérêt qu'elles lui portent. Enfin, l'hypothèse qu'un sous-traitant ne respecterait pas ses obligations est encore plus particulière et ne saurait remettre en cause l'obligation qui pèse d'emblée sur la STIB de recourir à une sous-traitance.

L'avant-projet d'ordonnance tend ainsi à octroyer l'exclusivité de l'exploitation concrète de la desserte des lieux intéressants de Bruxelles, par principe, à l'un ou l'autre "sous-traitant" et, subsidiairement, à la STIB.

2. L'avant-projet d'ordonnance constitue également une suite à divers arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles prononcés en la matière ⁽⁴⁾.

II. Compétence de la Région

Le transport en commun urbain, en ce compris les services réguliers spécialisés, est une compétence régionale en vertu de l'article 6, § 1^{er}, X, 8/, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. En revanche, le tourisme est une matière culturelle au sens de l'article 127, § 1^{er}, 1/, de la Constitution, en vertu de l'article 4, 10/, de la même loi.

⁽⁴⁾ Voir en ce sens, Bruxelles, 27 juin 2002, n/ 2002/4312, inédit, et Bruxelles, 11 juillet 2003, DAOR, 2003, p. 40. Voir également l'arrêt du Conseil d'État n/ 129.636 du 23 mars 2004, s.a. Open Tours - Les Voyages Belges.

La section de législation a déjà constaté que la politique générale de la mobilité et des transports relève de l'autorité fédérale sous la réserve importante de la politique des transports en commun urbains et vicinaux ⁽⁵⁾. Elle a aussi observé que les régions sont compétentes pour assurer la coordination des moyens de transport en commun et qu'elles ont ainsi le pouvoir d'accorder des autorisations pour les services réguliers spécialisés comme le transport d'écoliers ou de travailleurs ⁽⁶⁾. Par contre, les régions ne sont pas compétentes pour régler les commodités spécifiques des transports en rapport avec des compétences communautaires ⁽⁷⁾.

Il s'ensuit que la Région peut favoriser la mobilité des personnes visitant les lieux touristiques de Bruxelles-Capitale en organisant les moyens permettant de les transporter en commun ⁽⁸⁾ et en veillant à la coordination de ces différents transports. Dans cette perspective, la Région est compétente pour veiller à l'adéquation des parcours en question avec les besoins de cette clientèle. Elle ne peut, en revanche, légiférer sur l'activité touristique en elle-même. En d'autres termes, la Région ne peut réglementer des services accessoires comme la diffusion de traductions et d'informations touristiques à l'occasion des déplacements ⁽⁹⁾. Par voie de conséquence, la Région ne peut, à l'article 2, de l'avant-projet d'ordonnance, définir les services en cause "par l'offre de services supplémentaires, aux voyageurs souhaitant visiter des lieux d'intérêt de la Région de

⁽⁵⁾ Avis 36.142/4, donné le 15 décembre 2003, par la section de législation du Conseil d'État, sur un avant-projet devenu le décret du 1^{er} avril 2004 relatif à la mobilité et à l'accessibilité locales (Doc. Parl. wall., 2003-2004, n/ 649/1).

⁽⁶⁾ Doc. parl., Chambre, S.E. 1988, n/ 516/1 (Pasin., 1988, p. 763). Voir, également, l'avis 27.321/4, donné le 23 mars 1998, par la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet devenu le décret du 16 juillet 1998 portant réglementation du transport des élèves fréquentant les établissements d'enseignement organisés ou subventionnés par la Communauté française sur le territoire de la région de langue française (Doc. Parl. wall., 1997-1998, n/ 373/1).

⁽⁷⁾ En ce qui concerne le transport scolaire, voir l'avis 27.321/4 précité et l'avis 35.805/4, donné le 8 octobre 2003, sur un avant-projet devenu le décret du 1^{er} avril 2004 relatif au transport et aux plans de déplacements scolaires (Doc. Parl. wall., 2003-2004, n/ 634/1).

⁽⁸⁾ Telle est, au demeurant, l'opinion de la Région (exposé des motifs, partie générale, point 8).

⁽⁹⁾ Exposé des motifs, partie générale, p. 14.

Bruxelles-Capitale ou obtenir des informations à leur sujet", matière qui relève incontestablement de la politique du tourisme ainsi qu'exposé ci-dessus.

III. Compatibilité avec les normes d'intensité de force obligatoire supérieure

A. Procédé utilisé par la Région

En substance, le Gouvernement considère que l'octroi à la STIB de l'exploitation d'un service de desserte des lieux intéressants constitue l'attribution d'un service public. Il observe qu'en vertu de l'article 5 de la directive 2004/17/CE du parlement et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après : "directive 2004/17/CE") ⁽¹⁰⁾, les règles relatives aux marchés publics s'appliquent aux contrats de concession pour les services de transport.

Toutefois, le Gouvernement fait valoir qu'"il n'est question de contrat de concession de services que s'il existe une convention" ⁽¹¹⁾. Or, ce ne serait pas le cas en l'espèce, puisque la Région envisage de confier à la STIB l'exploitation du service de desserte des lieux intéressants par la voie unilatérale de l'ordonnance.

Le Gouvernement expose à cet égard qu'il peut recourir à ce procédé. En effet, "les règles relatives aux marchés publics ne s'appliquent pas quand l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, donne mission à un organe qui est distinct d'elle-même, sur lequel elle exerce le même contrôle que sur ses propres services et que cet organe exerce ses activités principalement au profit de l'autorité publique qui le contrôle" ⁽¹²⁾. Or, "selon le cadre législatif actuel, la STIB satisf[erait] à ces critères".

⁽¹⁰⁾ JO L 134, p. 1.

⁽¹¹⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 12.

⁽¹²⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 13, alinéa 1^{er}.

Enfin, le Gouvernement relève que même si les règles relatives aux marchés publics et aux concessions de services ne sont pas applicables en l'espèce, le droit primaire communautaire, notamment, la liberté d'établissement et le principe de la libre prestation des services demeurent de rigueur. Selon le Gouvernement,

"Il n'y [aurait] par conséquent pas, sur le plan du droit de la concurrence, d'objections à accorder à la STIB l'exclusivité de l'exploitation du transport public destiné à la desserte de lieux d'intérêt."

La Région de Bruxelles-Capitale ajoute que

"la STIB [sera] contrainte, lors du choix de son partenaire, de respecter les règles relatives aux marchés publics" ⁽¹³⁾.

Cette analyse appelle des éclaircissements et des observations.

B. Compatibilité de l'avant-projet d'ordonnance avec le droit communautaire

(1) Détermination des règles applicables

1. Les règles relatives aux marchés publics ne sont pas applicables à l'attribution par ordonnance, à la STIB, de la compétence de desservir les lieux d'intérêt. En effet, selon la définition des marchés fournie par l'article premier, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/17/CE, un marché public nécessite l'existence d'une convention.

La même constatation s'impose en droit interne au vu de l'article 5, 3^e tiret, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Exposé des motifs, partie générale, p. 11.

⁽¹⁴⁾ Par ailleurs, l'opération envisagée nécessitera l'adaptation du contrat de gestion convenu entre la Région et la STIB afin de déterminer les principes et les exigences minimales de ce service de transport. Ce type de contrat échappe également aux règles relatives aux marchés publics.

De plus, le contrat par lequel la STIB "sous-traitera" la desserte en cause échappera aussi au champ d'application de la directive 2004/17/CE. Ce contrat prendra en effet la forme d'une concession de services publics. Dans la note du 26 avril 2007 l'auteur de l'avant-projet d'ordonnance a exposé que

"la solution proposée a été retenue notamment en raison de sa neutralité financière. Les coûts éventuels, engendrés à l'égard de la STIB, par l'organisation de cette offre peuvent être couverts par une indemnité payée par les concessionnaires. Celle-ci peut faire partie de la convention de concession" (p. 2).

L'objectif est ainsi clairement de laisser au " sous-traitant " tous les coûts et les risques, conformément au régime actuel ⁽¹⁵⁾, le sous-traitant étant rémunéré directement par les usagers. La qualification récurrente de la convention en concession et les caractéristiques ci-dessus, qui sont celles de la concession ⁽¹⁶⁾, impliquent qu'elle n'est pas visée par la notion de "contrats à titre onéreux conclus par écrit" définissant les marchés publics de services au sens de l'article premier, paragraphe 2, sous a) et d), de la directive 2004/17/CE ⁽¹⁷⁾.

En effet, ceux-ci sont définis par cette disposition de la directive 2004/17/CE, comme

"des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices [...], et un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services."

Au demeurant, le mécanisme envisagé correspond aux "concessions de services" définies par l'article premier, paragraphe 3, sous b), de la directive 2004/17/CE comme étant tout

"contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de services à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix".

⁽¹⁵⁾ Exposé des motifs, partie générale, p. 1.

⁽¹⁶⁾ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes (ci-après : "la Cour") du 27 octobre 2005, Ingesa, C-234/03, Rec. p. I-9315, point 22.

⁽¹⁷⁾ Voir en ce sens l'arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, points 44 à 57.

La concession doit donc être distinguée des marchés publics. Or, l'article 18 de la directive 2004/17/CE exclut ce type de convention du champ d'application de cette dernière ⁽¹⁸⁾.

Les concessions de services publics ne rentrent pas davantage, en droit interne, dans le champ d'application de la loi précitée du 24 décembre 1993. En particulier et dans le prolongement du droit communautaire, l'article 32 de cette loi vise les marchés publics de services dans le domaine des transports, mais non les concessions de services publics.

2. L'avant-projet d'ordonnance n'est pas pour autant soustrait à l'emprise du droit communautaire.

La STIB est, en effet, une entreprise publique qui offre un service de transport en commun. Ce service constitue une activité économique qui pourrait être assurée par un opérateur poursuivant un but lucratif. Or, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement, qui offre des biens ou des services sur un marché donné ⁽¹⁹⁾. La STIB est ainsi normalement soumise aux règles communautaires de la concurrence.

⁽¹⁸⁾ En ce qui concerne les secteurs non exclus, voir l'article premier, paragraphe 4, et l'article 17 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30 avril 2004, p. 114).

⁽¹⁹⁾ Arrêt de la Cour du 12 septembre 2000, Pavlov e.a., C-184/98, Rec. p. I-6451, points 74 et 75, ainsi que les réf. citées; arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, Aéroports de Paris/Commission, T-128/98, Rec. p. II- 3929, point 107.

De plus, l'avant-projet d'ordonnance tend formellement à lui conférer une nouvelle mission consistant à assurer la desserte de lieux importants. Il s'agit aussi d'une activité économique ⁽²⁰⁾, d'ailleurs actuellement exercée par trois opérateurs privés ⁽²¹⁾.

3. Par ailleurs, l'avant-projet d'ordonnance impose à la STIB l'obligation de sous-traiter l'exploitation de ce service au secteur privé.

L'entreprise qui obtiendrait, seule, une sous-traitance bénéficierait d'un droit exclusif au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, sous f), de la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ⁽²²⁾. Dans le cas où quelques sous-traitants seraient choisis, ceux-ci jouiraient d'un droit spécial au sens de l'article 2, paragraphe 1^{er}, sous g), de la même directive.

De surcroît, l'avant-projet d'ordonnance prévoit que la STIB sera autorisée à exploiter elle-même les dessertes en cause dans le cas exceptionnel où elle ne parviendrait pas à attirer un sous-traitant ou en cas de manquement de celui-ci. Dans cette hypothèse, la STIB profiterait aussi d'un droit exclusif.

4. Dans ce contexte, l'avant-projet d'ordonnance doit, normalement, être examiné au regard de l'article 86, paragraphe 1^{er}, CE en vertu duquel

⁽²⁰⁾ Voir en ce sens Bruxelles, 11 juillet 2003, DAOR, précité, p. 40, point 32.

⁽²¹⁾ Note du 30 novembre 2006 aux membres du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale (ci-après : "la note du 30 novembre 2006"), pp. 1 et 2.

⁽²²⁾ Version consolidée sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/consleg/1980/L/01980L0723-20051219-fr.pdf>.

"Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, [...]" ⁽²³⁾

En effet, l'objectif de cette disposition étant d'empêcher les pouvoirs publics d'utiliser les entreprises publiques à des fins contraires au traité, les mesures qu'il vise doivent être interprétées largement. Il s'ensuit que ces mesures englobent notamment les normes de valeur législative, comme les ordonnances de la Région de Bruxelles-Capitale.

5. Conformément à l'article 86, paragraphe 1^{er}, CE, l'avant-projet d'ordonnance doit, dès lors, être confronté à l'article 12 CE (interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité) et aux articles 81 à 89 CE (concurrence), ainsi qu'aux autres règles du traité. À ce dernier titre, il convient d'examiner également sa compatibilité, notamment, avec l'article 43 CE (liberté d'établissement). Ces dispositions ne s'appliquent en effet pas uniquement aux contrats ⁽²⁴⁾. Elles prohibent toutes les mesures indistinctement applicables susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice par les ressortissants communautaires des libertés fondamentales garanties par le traité. Elles s'appliquent donc, notamment, à des dispositions législatives internes et aux contrats de concession de services publics ⁽²⁵⁾ non visés par les directives en matière de marchés publics.

⁽²³⁾ Pour des exemples d'application de l'article 86 CE à des réseaux de transports affectés de droits exclusifs, voir : arrêt de la Cour du 11 avril 1989, Ahmed Saeed, 66/86, Rec. p. I-803; arrêt du Tribunal du 19 juin 1997, Air Inter, T-260/94, Rec. p. II-997 (monopole sur les lignes aériennes). Voir aussi arrêt de la Cour du 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Rec. p. I-8089.

⁽²⁴⁾ Arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8612, point 60.

⁽²⁵⁾ En ce qui concerne l'application de ces dispositions aux concessions de services : Communication (COM(2005) 569 final) de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 15 novembre 2005, concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, point 3.1; Communication interprétative (2006/C 179/02) de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives "marchés publics", JO 2006, C 179, p. 2. Voir aussi arrêt de la Cour, Parking Brixen, précité, points 46 à 49, et Ingesa, précité, point 23.

6. Concrètement, il découle de ce qui précède que, comme le relève à juste titre l'exposé des motifs de l'avant-projet d'ordonnance ⁽²⁶⁾, l'octroi d'une nouvelle activité économique à une entreprise publique et l'octroi d'activités exclusives ou spéciales à des entreprises privées doit, normalement, intervenir à l'issue d'une procédure objective et transparente ⁽²⁷⁾. Cette obligation de transparence implique qu'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre puisse avoir accès aux informations appropriées afin d'être en mesure de manifester son intérêt pour pouvoir exercer l'activité en question.

(2) L'exception des prestations "internes"

1. Critères d'application de l'exception relative aux prestations "internes"

Les principes qui précèdent sont assortis d'une exception dans le cas des prestations "internes" ⁽²⁸⁾. La Cour considère à cet égard qu'un appel à la concurrence n'est pas obligatoire "dans l'hypothèse où, à la fois, l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent" ⁽²⁹⁾. Une telle situation peut, en effet, être assimilée aux opérations internes au pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, la vérification du respect de ces conditions ne doit pas se limiter à la situation en vigueur au moment de l'attribution de l'activité en cause. Il convient de prendre en considération l'ensemble de l'opération envisagée, en ce compris les phases postérieures à cette attribution ⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 11, trois derniers alinéas.

⁽²⁷⁾ Arrêts de la Cour, *Telaustria* et *Telefonadress*, précité, points 61 et 62, et *Parking Brixen*, précité, point 49.

⁽²⁸⁾ Souvent appelées aussi "*in house*".

⁽²⁹⁾ Arrêts de la Cour du 18 novembre 1999, *Teckal*, Rec. p. I-8121, point 50; du 11 janvier 2005, *Stadt Halle* et *RPL Lochau*, C-26/03, Rec. p. I-1, point 49; du 13 janvier 2005, *Commission/Espagne*, C-84/03, Rec. p. I-139, point 39; *Parking Brixen*, précité, point 58; du 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec. p. I-3303, point 24, et du 11 mai 2006, *Carbotermo* et *Consorzio Alisei*, C-340/04, Rec. p. I-4137, point 33.

⁽³⁰⁾ Arrêt de la Cour du 10 novembre 2005, *Commission/Autriche*, C-29/04, Rec. p. I-9705, points 38 à 42.

2. Application de l'exception dans le contexte législatif présentement examiné

Jusqu'à présent, la Cour de justice a fait application de cette jurisprudence dans des affaires où les rapports entre les deux entités étaient de nature contractuelle. La Région, pour sa part, entend l'appliquer dans un contexte d'attribution unilatérale à la STIB de la nouvelle activité par voie d'ordonnance.

Toutefois, le mécanisme envisagé, analysé dans son ensemble comme l'y incite la jurisprudence de la Cour ⁽³¹⁾, révèle que l'exploitation de la desserte des lieux d'intérêt devra, en règle générale, faire l'objet d'une sous-traitance, laquelle nécessitera une convention entre la STIB et un sous-traitant privé ⁽³²⁾.

En conséquence, dès lors qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice ⁽³³⁾ que les États membres ne peuvent "pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE ou les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence", les États membres ne peuvent, *a fortiori*, pas adopter une telle législation.

3. Examen des conditions d'application de l'exception

3.1. Les opérations internes constituant une exception aux règles générales du droit communautaire, les conditions énoncées sous l'observation III, B, (2), 1, ci-dessus, "doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et [...] c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation auxdites règles existent effectivement" ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Voir l'arrêt de la Cour Commission/Autriche, précité.

⁽³²⁾ Voir les articles 4 et 7 de l'avant-projet d'ordonnance.

⁽³³⁾ Voir l'arrêt Parking Brixen, précité, points 48 à 52 et l'arrêt ANAV précité, points 21 à 25.

⁽³⁴⁾ Arrêts de la Cour, Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 46; Parking Brixen, précité, point 63, et ANAV, précité, point 25.

L'auteur de l'avant-projet d'ordonnance se borne à prétendre, dans l'exposé des motifs, que "selon le cadre législatif actuel, la STIB satisfait à ces [conditions]" ⁽³⁵⁾. Cette affirmation est insuffisante au regard de la jurisprudence ci-dessus. Invité en conséquence à étayer cette affirmation, le délégué du ministre a notamment précisé que les pouvoirs publics contrôlent totalement la STIB ainsi que cela ressortirait de l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale et des statuts de la STIB.

La condition selon laquelle l'entité désignée doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent est satisfaite. La STIB est en effet une société dont l'activité consiste à fournir un service de transport public local dans la Région de Bruxelles-Capitale (article 1^{er}, alinéa 3, de l'ordonnance du 22 novembre 1990 précitée et article 2 des statuts de la STIB) ⁽³⁶⁾.

La condition selon laquelle l'autorité doit exercer sur l'entité en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services appelle, pour sa part, quelques précisions.

Selon la jurisprudence, la société attributaire doit être soumise à un contrôle permettant à l'autorité d'influencer ses décisions. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante, tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société ⁽³⁷⁾. L'article 1^{er}, alinéas 3, 5 et 6, les articles 2, 4 et 7, alinéa 2, ainsi que les articles 9 et 12 de l'ordonnance du 22 novembre 1990 précitée satisfont à ces critères.

⁽³⁵⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 13, troisième alinéa.

⁽³⁶⁾ Voir, en ce sens, les conclusions de l'avocat général M. Geelhoed sous l'arrêt ANAV, précité, point 8, au sujet d'un service de transport public local sur le territoire "Comune di Bari".

⁽³⁷⁾ Arrêts de la Cour, Parking Brixen précité, point 65, et Carbotermo, précité, point 36.

Toutefois, la jurisprudence est fixée en ce sens que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut en tout état de cause que cette autorité publique puisse exercer sur une telle société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ⁽³⁸⁾. Il ressort des statuts de la STIB qu'une s.a. Bruxelles Infrastructure Finance participe à son capital. Cette société est toutefois une filiale de la SRIB ⁽³⁹⁾.

3.2. Une objection majeure s'oppose toutefois, en l'espèce, au recours à la notion d'opération "interne".

Conformément à la jurisprudence de la Cour, l'attribution de la mission de desservir les lieux d'intérêt doit être examinée en tenant compte de l'ensemble des phases prévues par l'avant-projet d'ordonnance, ainsi que de leur finalité, et non pas en fonction du déroulement strictement chronologique de celles-ci ⁽⁴⁰⁾.

Or, il a déjà été souligné que l'avant-projet d'ordonnance impose, en règle, à la STIB de sous-traiter la desserte en question, de sorte que l'exploitation de celle-ci doit revenir à cette sous-traitance.

⁽³⁸⁾ Arrêts de la Cour, Stadt Halle et RPL Lochau, précité, point 49; Parking Brixen, précité, point 67; Commission/Autriche, précité, point 46; ANAV, précité, point 31.

⁽³⁹⁾ Il ressort cependant des mêmes statuts que le conseil d'administration de la STIB peut admettre de nouveaux associés (article 5 des statuts de la STIB). Il s'ensuit que son capital est susceptible d'être ouvert à des actionnaires privés. Une telle situation aurait pour effet d'attribuer une activité économique (la section de législation observe ainsi que la "tarification [devrait] être basée sur des paramètres commerciaux normaux" [exposé des motifs, commentaires de l'article 6, p. 16]) à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire (voir en ce sens arrêt de la Cour, ANAV, précité, point 30). Au vu des statuts publiés au Moniteur belge, il n'apparaît pas que tel soit actuellement le cas.

⁽⁴⁰⁾ Arrêt de la Cour, Commission/Autriche, précité, point 41.

L'avant-projet d'ordonnance doit ainsi s'analyser comme une construction complexe, comprenant plusieurs phases. Premièrement, l'attribution à la STIB, par ordonnance, d'une mission complémentaire d'organisation de la desserte des lieux touristiques ⁽⁴¹⁾. Deuxièmement, l'obligation pour celle-ci de confier la gestion de ce service au secteur privé.

Dans ce contexte, la construction juridique conçue par le Gouvernement ne saurait donc être qualifiée d'opération "interne".

3.3. Le délégué du ministre a toutefois fait état d'une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n/ 1191/69 et (CEE) n/ 1107/70 du Conseil (ci-après la "proposition de règlement sur le transport public de voyageurs").

L'existence de cette proposition de règlement ne saurait cependant infirmer l'existence de la conclusion qui précède.

Le Parlement a adopté cette proposition en seconde lecture le 10 mai 2007 tout en l'amendant ⁽⁴²⁾. La section de législation observe dès lors que le processus législatif n'est pas terminé et que le texte n'est *a fortiori* pas encore en vigueur. Le Conseil d'État ne saurait, dès lors, baser son avis sur celui-ci.

Par ailleurs, cette proposition de règlement, si elle venait à être adoptée telle quelle, ne remettrait toutefois pas en cause les constatations opérées aux observations III, B, (2), 3.2 et suivantes, ci-dessus. Celles-ci continueraient en effet à empêcher de pouvoir qualifier le mécanisme projeté d'opération "interne".

⁽⁴¹⁾ Observation I, 1, ci-dessus.

⁽⁴²⁾ Résolution législative du Parlement européen du 10 mai 2007 sur la position commune du Conseil en vue de l'adoption du règlement susmentionné, A6-0131/2007.

4. Conclusion sur le rattachement de l'avant-projet d'ordonnance à la notion de prestations "internes"

Il ressort des développements qui précèdent que l'avant-projet d'ordonnance, tendant à octroyer l'organisation de la desserte des lieux d'intérêt à la STIB et la concession de son exploitation concrète au secteur privé, ne répond pas aux conditions d'une opération "interne" au sens du droit communautaire. L'avant-projet d'ordonnance doit, dès lors, être conforme à l'article 86 CE.

(3) Conformité de l'avant-projet d'ordonnance à l'article 86 CE

1. Risque d'abus de position dominante ⁽⁴³⁾

1. Selon la jurisprudence de la Cour, le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs au sens de l'article 86, paragraphe 1^{er}, CE n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 82 CE. Un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus ⁽⁴⁴⁾.

Une violation des articles 86, paragraphe 1^{er}, et 82 CE, suppose donc que l'autorité publique soit à l'origine d'une position dominante et que l'entreprise détentrice de cette position l'exerce de manière abusive au sens de l'article 82 CE.

⁽⁴³⁾ La section de législation examine uniquement la question du risque d'abus de position dominante. Elle n'examinera pas les conditions de base (notamment la détermination du marché en cause) nécessaires à l'application de l'article 82 CE, dans la mesure où la Cour d'appel de Bruxelles a considéré, dans son arrêt du 11 juillet 2003 précité, que le marché en cause rentrait dans ces catégories et dans la mesure où son auteur justifie lui-même l'avant-projet d'ordonnance au regard des règles de concurrence du traité.

⁽⁴⁴⁾ Arrêt de la Cour du 12 septembre 2000, Pavlov e.a. C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451, point 127, et du 30 mars 2006, Servizi Auxiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Rec. p. I-2941, point 23.

L'avant-projet d'ordonnance ne permet pas de considérer, en soi, que la STIB abusera nécessairement de sa nouvelle compétence. Compte tenu de la particularité de la construction juridique envisagée par l'avant-projet d'ordonnance, il convient néanmoins de rappeler qu'au plan communautaire, l'État est responsable des manquements d'associations de droit public telle la STIB ⁽⁴⁵⁾. De plus, la responsabilité extracontractuelle des autorités peut être engagée, sur la base du droit communautaire et de la jurisprudence de la Cour de cassation, quel que soit l'organe en cause, même si la faute résulte d'un législateur ⁽⁴⁶⁾ ou d'une autorité jouissant d'une indépendance organique et fonctionnelle.

Concrètement, constitue notamment un abus au sens de l'article 82 CE le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver, sans nécessité - commerciale ⁽⁴⁷⁾ - objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une entreprise tierce dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise ⁽⁴⁸⁾. Si l'extension de la position dominante de l'entreprise à laquelle l'État a octroyé des droits spéciaux ou exclusifs est le fait d'une mesure étatique, une telle mesure constitue une violation de l'article 86 CE, en liaison avec l'article 82 CE ⁽⁴⁹⁾.

Par extrapolation, il est permis de considérer que constituerait également un abus de position dominante le fait pour la STIB, qui est déjà en situation de monopole sur son marché, d'éliminer, sans raison objective, toute concurrence sur le marché voisin des circuits touristiques, en concédant son exploitation à l'un ou l'autre opérateur selon des tracés - éventuellement compartimentés - qu'elle imposerait. L'abus s'imposerait d'autant

⁽⁴⁵⁾ Article 1^{er}, alinéa 3, de l'ordonnance du 22 novembre 1990, précitée.

⁽⁴⁶⁾ Arrêt de la Cour 5 mars 1996, s.a. Brasserie du Pêcheur et Factortame III, C-46 et 48/93, Rec., p. I-1029, point 35. Sur la base de l'article 1382 du Code civil, voir Cass., 28 septembre 2006, C020570F.

⁽⁴⁷⁾ Les raisons justifiant l'acquisition ou le renforcement d'une position dominante, au sens de l'article 82 CE, qui concerne les rapports entre entreprises privées, doivent être distinguées des justifications qu'un service public d'intérêt économique général peuvent alléguer en vertu de l'article 86, paragraphe 2, CE.

⁽⁴⁸⁾ Arrêts de la Cour du 13 décembre 1991, RTT, 18/88, Rec. p. I-5941, point 18, et Ambulanz Glöckner, précité, point 40.

⁽⁴⁹⁾ Arrêts de la Cour, RTT, précité, point 21; du 25 juin 1998, Dusseldorp e.a., C-203/96, Rec. p. I-4075, point 61, et Ambulanz Glöckner, précité, point 40.

plus si cette concession s'opère en contrepartie d'une redevance, elle-même contre-balancée par des droits exclusifs pénalement protégés ⁽⁵⁰⁾.

Il s'ensuit que la Région doit veiller à ne pas confier à la STIB, qui est une association de droit public déjà en position de monopole, l'organisation d'un marché voisin dans des conditions qui lui permettraient d'y supprimer toute concurrence dans un contexte constitutif d'un abus de position dominante.

2. En l'espèce, il a été constaté sous les observations III, B, (1), 1 et suivantes, ci-dessus, qu'aucune disposition générale ne réglemente la concession de services de transport par bus. L'avant-projet d'ordonnance n'organise pas davantage la manière de concéder le service et ne garantit pas le maintien d'une forme de concurrence. Au contraire, l'article 4 de l'avant-projet d'ordonnance renvoie aux formes et conditions de sous-traitance que la STIB déterminera.

Selon l'exposé des motifs,

"Lorsque la Région de Bruxelles-Capitale charge la STIB, de façon exclusive, de la gestion d'un service public tout en lui offrant la possibilité d'exercer ce service en collaboration avec une entreprise privée, la STIB est contrainte, lors du choix de son partenaire, de respecter les règles relatives aux marchés publics." ⁽⁵¹⁾

Or, force est de constater qu'aucune des dispositions de l'avant-projet d'ordonnance ne traduit l'intention de son auteur de sorte que, sur ce point, l'avant-projet d'ordonnance est gravement lacunaire.

Il doit donc être complété pour tenir compte des observations qui précèdent.

⁽⁵⁰⁾ Voir l'article 8 de l'avant-projet d'ordonnance.

⁽⁵¹⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 13, in fine.

3. Par ailleurs, il ne saurait non plus être fait abstraction du contexte dans lequel l'avant-projet d'ordonnance s'inscrit. Celui-ci se situe dans le prolongement d'une décision du 11 janvier 2000 de la STIB d'exploiter une ligne de bus touristique, en partenariat avec une seule entreprise privée. De surcroît, la Cour d'appel de Bruxelles a constaté, dans son arrêt du 11 juillet 2003 précité, que

"la STIB [a] favoris[é] sans justification aucune la s.a. [...] par rapport à tout prestataire potentiel des services de transport touristique hop on - hop off et de tout prestataire présent de services de transport touristique en bus à portes fermées" ⁽⁵²⁾.

Enfin, l'exposé des motifs déplore, d'emblée, la prolifération des lignes de bus touristiques ⁽⁵³⁾ et le Gouvernement n'exclut pas la possibilité, pour la STIB, de retenir un unique partenaire privé ⁽⁵⁴⁾.

4. La seule justification commerciale fournie par l'auteur de l'avant-projet d'ordonnance au système envisagé consiste en ce que "les autres solutions [...] ne pourr[ai]ent pas être intégrées dans la même mesure [que ce système] à l'offre actuelle de la STIB" ⁽⁵⁵⁾.

La formule est cependant vague et non étayée.

Dans la mesure où l'auteur de l'avant-projet d'ordonnance ferait néanmoins référence à la possibilité d'éditer des "«ticket-combis», qui permett[raien]t, pendant un laps de temps [déterminé] d'avoir accès tant à la ligne touristique qu'au réseau de la STIB" ⁽⁵⁶⁾, l'argument ne convainc pas. La Cour d'appel de Bruxelles a, en effet, constaté, dans son arrêt du 11 juillet 2003 précité, que ce genre de tickets n'avait jamais été

⁽⁵²⁾ Point 33 de l'arrêt.

⁽⁵³⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 2.

⁽⁵⁴⁾ Note du 26 avril 2007, p. 2 et note du 30 novembre 2006, p. 5.

⁽⁵⁵⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 5, troisième alinéa, premier tiret.

⁽⁵⁶⁾ Exposé des motifs, partie générale, p. 2, dernier tiret.

émis ⁽⁵⁷⁾. À supposer même qu'il ait été remédié ultérieurement à cette lacune ⁽⁵⁸⁾, le constat de cet attermolement contredit la nécessité d'accorder une exclusivité à une entreprise privée pour le seul motif invoqué ci-dessus. La section de législation doute d'ailleurs qu'une forme aussi limitée d'intégration puisse constituer une justification économique objective de l'octroi d'une position dominante et même monopolistique. Plus fondamentalement, la section de législation n'aperçoit, notamment, pas ce qui empêcherait d'étendre la formule des "ticket-combis" à plusieurs partenaires privés ou à des partenaires compartimentés.

5. Au regard de ce qui précède, l'avant-projet d'ordonnance pourrait donc être jugé contraire à l'article 86, paragraphe 1^{er}, CE, lu en combinaison avec l'article 82 CE. Il convient dans ce cas d'examiner si l'exception prévue par l'article 86, paragraphe 2, CE, peut être invoquée, à savoir l'existence d'une mission de gestion d'un service d'intérêt économique général ⁽⁵⁹⁾.

2. Justification au regard de l'exception prévue par l'article 86, paragraphe 2, CE

1. Selon la jurisprudence de la Cour, la dérogation instituée par cette disposition peut seulement être invoquée à condition que l'entreprise en cause ait été investie par les pouvoirs publics de la gestion d'un service d'intérêt économique général,

⁽⁵⁷⁾ Point 5 de l'arrêt.

⁽⁵⁸⁾ La note du 30 novembre 2006 (p. 5) laisse entendre que cette intégration tarifaire n'existe pas encore.

⁽⁵⁹⁾ Voir, par exemple, arrêt de la Cour, *Ambulanz Glöckner*, précité, point 51.

que l'application des règles du traité fasse échec à l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie et, enfin, que l'intérêt de la Communauté ne soit pas affecté ⁽⁶⁰⁾.

Or, toujours selon la jurisprudence de la Cour, l'exclusion de la concurrence, que l'avant-projet d'ordonnance rend possible, ne se justifie pas envers des services spécifiques, dissociables, comme en l'espèce, du service d'intérêt général en question, quand ces services ne mettent pas en cause l'équilibre économique du service d'intérêt économique général assumé par le titulaire du droit exclusif ⁽⁶¹⁾.

2. En l'occurrence, aucun problème d'équilibre financier n'est invoqué par l'auteur de l'avant-projet d'ordonnance.

L'exposé des motifs invoque néanmoins trois autres motifs en rapport avec le service public pour justifier l'octroi de droits exclusifs à la STIB et à la sous-traitance qu'elle choisira. Tout d'abord, l'utilisation démesurée et concentrée de la voie publique provoquerait des embarras de circulation et des difficultés aux arrêts de la STIB; elle générerait aussi des nuisances pour l'environnement. Ensuite, le système envisagé garantirait mieux un contrôle des véhicules, de la législation du travail, des horaires et des tarifs. Enfin, toute autre solution que l'avant-projet d'ordonnance ne garantirait pas "un parcours diversifié reprenant un large éventail des lieux d'intérêt bruxellois " ⁽⁶²⁾.

La section de législation observe cependant que l'ensemble de ces explications ne rend pas compte d'une nécessité objective de recourir à l'octroi de droits exclusifs, en lieu et place d'une réglementation moins attentatoire à la concurrence,

⁽⁶⁰⁾ Arrêts du Tribunal du 13 juin 2000, EPAC/Commission, T-204/97 et T-270/97, Rec. p. II-2267, point 125, et du 12 décembre 2000, Aéroports de Paris/Commission, T-128/98, Rec. p. II-3929, point 227. Voir aussi arrêt de la Cour du 29 mars 2001, Portugal/Commission, C-163/99, Rec. p. I-2613, point 73.

⁽⁶¹⁾ Arrêts de la Cour du 19 mai 1993, Corbeau, C-320/91, Rec. p. I-2533, point 14, et Ambulanz Glöckner, précité, point 59.

⁽⁶²⁾ Exposé des motifs, partie générale, points 4 et 5; note du 30 novembre 2006, p. 5.

pourtant initialement envisagée par le Gouvernement ⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾. L'impossibilité de recourir à des procédés moins restrictifs est par ailleurs affirmée sans être étayée. En effet : d'une part, la Région n'est pas compétente pour promouvoir le tourisme; d'autre part, elle peut, dans le respect du principe de proportionnalité, veiller à ce que les entreprises de transport concernées respectent d'autres législations et règlements, notamment le Code de la route et la législation sur les conditions de travail. Enfin, des dispositions répriment les entraves à la circulation et l'utilisation anarchique des points d'arrêts réservés aux transports en commun ⁽⁶⁵⁾.

3. En conclusion, compte tenu des éléments figurant dans le dossier communiqué à la section de législation du Conseil d'État ainsi que des arguments invoqués dans l'exposé des motifs, l'avant-projet d'ordonnance et son exposé des motifs ne répondent pas, en leur état actuel, aux exigences de l'article 86, paragraphe 2, CE.

3. Conformité aux autres dispositions du traité

1. La combinaison des articles 43 et 86, paragraphe 1^{er}, CE, trouve à s'appliquer lorsqu'une mesure adoptée par un État membre constitue une restriction au libre établissement des ressortissants d'un autre État membre dans son territoire et procure, en même temps, des avantages à une entreprise en la dotant d'un droit exclusif, à moins que cette mesure étatique ne poursuive un objectif légitime compatible avec le

⁽⁶³⁾ Exposé des motifs, partie générale, point 5; note du 30 novembre 2006, p. 4.

⁽⁶⁴⁾ Sur la nécessité que les interventions des États membres respectent le principe de proportionnalité exigeant que les restrictions de concurrence et les limitations des libertés du marché unique ne dépassent pas ce qui est nécessaire pour garantir l'accomplissement efficace de la mission d'intérêt général, voir la Communication (2001/C 17/04) de la Commission sur les services d'intérêt général en Europe, JO 2001, C 17, p. 4, point 23. Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a, en particulier, jugé qu'il ne suffit pas que des raisons acceptables aient conduit à l'octroi du droit exclusif pour que celui-ci soit toujours justifié (arrêt du Tribunal du 8 juillet 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commission, T-266/97, Rec. p. II-2329, points 109 et 110).

⁽⁶⁵⁾ Outre les dispositions du Code de la route, voir l'article 18*bis* de l'ordonnance du 22 novembre 1990 précitée.

traité et ne se justifie en permanence par des raisons impérieuses d'intérêt général. En pareil cas, il faut encore que la mesure étatique en cause soit propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ⁽⁶⁶⁾.

Selon la jurisprudence de la Cour, toute mesure nationale, qu'elle soit d'origine législative, administrative ou judiciaire, qui gêne ou rend moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement, constitue une entrave au sens du traité ⁽⁶⁷⁾. Tel est le cas de l'avant-projet d'ordonnance puisque celui-ci tend explicitement à restreindre l'accès au marché.

2. Les justifications non économiques examinées sous l'observation III, B, (3), 2, point 2, ci-dessus, peuvent être rattachées à la protection des consommateurs et de l'environnement, ainsi qu'à la protection du patrimoine culturel et être admises comme exigences impérieuses d'intérêt général.

Toutefois, outre que la Région ne peut poursuivre un objectif culturel, les observations qui ont été formulées au sujet de l'article 86, paragraphe 2, CE, empêchent tout autant de considérer que l'avant-projet d'ordonnance ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire au regard des autres dispositions du traité.

⁽⁶⁶⁾ Jurisprudence constante. Voir, par exemple, les arrêts de la Cour du 23 novembre 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453, points 34 et 35; du 21 octobre 2004, *Commission/Luxembourg*, C-445/03, Rec. p. I-10191, point 21, et du 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04, et C-202/04, non encore publié au Recueil, point 64; voir aussi l'arrêt du Tribunal, *Vlaamse Televisie Maatschappij/Commission*, précité, point 108.

⁽⁶⁷⁾ Arrêts de la Cour du 11 juillet 2002, *Gräbner*, C-294/00, Rec. p. I-6515, point 38, et jurisprudence citée, et du 22 mai 2003, *Freskot*, C-355/00, Rec. p. I-5263, point 63.

C. Compatibilité de l'avant-projet d'ordonnance avec la liberté du commerce et de l'industrie

La liberté du commerce et de l'industrie est consacrée par l'article 23, alinéa 2, 1/, de la Constitution et par le décret dit "d'Allarde" des 2 et 17 mars 1791 ⁽⁶⁸⁾. Elle n'est toutefois pas absolue ⁽⁶⁹⁾. Des restrictions peuvent y être apportées pourvu qu'il existe une justification objective et raisonnable et que la limitation ne soit pas disproportionnée par rapport au but poursuivi ⁽⁷⁰⁾.

Les observations fondamentales qui ont été formulées au sujet de la compatibilité de l'avant-projet d'ordonnance avec les dispositions pertinentes du droit communautaire valent, aussi par analogie, en droit interne, au regard du principe de la liberté du commerce et de l'industrie.

Compte tenu de l'importance de ces observations, cet aspect du problème n'a pas été examiné plus avant.

IV. Conclusions

1. L'avant-projet d'ordonnance doit mieux cerner son objet au vu des règles répartitrices de compétences entre la Région, l'État et les Communautés, afin de clairement se limiter à la matière des transports en commun, urbains et vicinaux.

2. Au fond, l'avant-projet d'ordonnance ne règle pas une opération "interne" et est donc soumis aux exigences de l'article 86 CE. Il permet à la STIB de réduire la concurrence existante sur le marché en cause et, même, de l'éliminer en en tirant profit.

⁽⁶⁸⁾ Arrêts du Conseil d'État n/ 130.492, du 21 avril 2004, s.p.r.l. Funérailles Clerdent, e.a. et n/ 160.995, du 5 juillet 2006, Chambre belge des podologues.

⁽⁶⁹⁾ Arrêts du Conseil d'État n/ 102.422, du 8 janvier 2002, a.s.b.l. Nouvelle clinique de la Basilique et Chambre belge des podologues, précité.

⁽⁷⁰⁾ Voir notamment, arrêt du Conseil d'État n/ 109.508, du 23 juillet 2002, SPRL Azimut.

Il crée ainsi une situation dans laquelle la STIB pourrait être amenée à abuser de sa position dominante, dans un contexte où un tel abus a déjà été souligné par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 11 juillet 2003 précité. L'exposé des motifs de l'avant-projet d'ordonnance ne fournit, à cet égard, aucune justification claire et étayée quant à l'existence d'une nécessité objective de restreindre, voire même de supprimer, la concurrence sur le marché de la desserte des lieux d'intérêts, lequel marché présente un caractère accessoire par rapport à l'objet de la Société. De plus, les motifs avancés par le Gouvernement n'apparaissent pas constituer une motivation suffisante permettant de fonder l'avant-projet d'ordonnance sur l'exception prévue par l'article 86, paragraphe 2, CE.

3. Au vu de ce qui précède, l'avant-projet d'ordonnance semble constituer également une entrave disproportionnée à la liberté d'établissement, comme à la liberté de commerce et d'industrie.

4. À défaut de motifs réellement dirimants, il appartient en conséquence à la Région de préserver l'accès au marché en cause. Elle peut ainsi se limiter à le réglementer de manière à empêcher ou à diminuer les inconvénients qu'elle signale. Selon la gravité d'autres motifs qu'elle pourrait, le cas échéant, invoquer et dûment justifier, la Région pourrait opter pour le maintien de la concession de services, mais à condition de prévoir une mise en concurrence des opérateurs privés, selon des modalités qui assurent l'égalité d'accès, la transparence et l'objectivité, conformément aux articles 12, 43, 81, 82 et 86 CE.

Toujours dans cette perspective, il lui appartiendra d'apprécier, en fonction de l'importance et de la gravité de ces motifs, comment il y a lieu, au terme d'une mise en concurrence, de déterminer ou de limiter le nombre d'agents économiques présents sur ce marché, régulé en fonction de ces objectifs, sur lequel, la Région ou son délégué devra en permanence maintenir une concurrence effective ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷¹⁾ Notamment afin de prévenir les ententes ou de réagir à toute forme de concentration.

5. En conclusion, l'avant-projet d'ordonnance doit être revu à la lumière des observations qui précèdent afin de fixer dans l'ordonnance elle-même les principes essentiels appelés à régir la matière. L'exposé des motifs doit également être complété à la lumière des observations formulées dans le présent avis.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. GILLIAUX, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT

Ph. HANSE

AW

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.982/4
VAN 25 JUNI 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 2 mei 2007 door de Minister van Mobiliteit en Openbare Werken van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot zestig dagen ^(*), hem van advies te dienen over een voorontwerp van ordonnantie "houdende de organisatie van openbaar vervoer tussen bezienswaardigheden in het Brussels Hoofdstedelijk gewest", heeft het volgende advies gegeven :

^(*) Bij brief van de Minister van 9 mei 2007.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp van ordonnantie aanleiding tot de volgende opmerkingen.

I. Strekking van het voorontwerp van ordonnantie

1. Het voorontwerp van ordonnantie strekt ertoe aan de MIVB de organisatie ⁽¹⁾ toe te vertrouwen van een vervoerdienst die hoofdzakelijk gericht is op reizigers die bezienswaardigheden van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest willen bezichtigen. De MIVB zou er evenwel toe gehouden zijn die dienst in onderaannesteding te geven. De Regering zou de MIVB evenwel kunnen toestaan de dienst in kwestie zelf te exploiteren als ze geen onderaannemer vindt of als deze in gebreke blijven (artikelen 4, 7 en 9 van het voorontwerp van ordonnantie). Desondanks wordt in het voorontwerp van ordonnantie de onmogelijkheid om de belangstelling van een onderaannemer te wekken alleen als een uitzondering beschouwd ⁽²⁾. Dat zulks onmogelijk zou zijn is bovendien zeer onwaarschijnlijk. In de memorie van toelichting wordt immers het volgende aangegeven :

⁽¹⁾ Uit de nota aan de leden van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 26 april 2007 (blz. 2), die bij het voorontwerp van ordonnantie is gevoegd (hierna te noemen de "nota van 26 april 2007"), blijkt immers dat "het ... de bedoeling (is) dat de MIVB in het aanbod voorziet door ... uitbesteding".

⁽²⁾ De gemachtigde van de Minister zelf heeft die mogelijkheid als een uitzondering bestempeld. Zo heeft hij het volgende uiteengezet : "De exclusiviteit voor de MIVB gecombineerd met de uitbesteding laat ook toe, in het uitzonderlijke geval geen onderaannemer zou kunnen worden gevonden, dat de MIVB alsnog zelf in een aanbod zou kunnen voorzien".

"Het (...) Gewest wordt geconfronteerd met een zekere wildgroei van buslijnen die de bezoekers van de stad brengen naar enkele bezienswaardigheden van het Gewest" ⁽³⁾.

Aldus hebben drie privéondernemingen reeds een vergunning gekregen voor het exploiteren van die dienst na geschillen waaruit blijkt hoeveel belang zij daarin stellen. Tot slot is het geval dat een onderaannemer zich niet aan zijn verplichtingen houdt nog uitzonderlijker en kan dat geen reden opleveren om twijfels te doen rijzen omtrent de verplichting die reeds van bij het begin voor de MIVB geldt om een beroep te doen op een onderaannemer.

Het voorontwerp van ordonnantie strekt er aldus toe om het alleenrecht van de concrete exploitatie van het vervoer naar bezienswaardigheden van Brussel in principe toe te vertrouwen aan deze of gene "onderaannemer" en, subsidiair, aan de MIVB.

2. Het voorontwerp van ordonnantie is eveneens een uitloper van verscheidene arresten die ter zake door het hof van beroep te Brussel zijn gewezen ⁽⁴⁾.

II. Bevoegdheid van het Gewest

Het gemeenschappelijk stadsvervoer, met inbegrip van de bijzondere vormen van geregeld vervoer, is een gewestbevoegdheid krachtens artikel 6, § 1, X, 8/, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen. Daarentegen is krachtens artikel 4, 10/, van dezelfde wet het toerisme een culturele aangelegenheid als bedoeld in artikel 127, § 1, 1/, van de Grondwet.

De afdeling wetgeving heeft er reeds op geattendeerd dat het algemene mobiliteit- en vervoersbeleid een bevoegdheid van de federale overheid is met het grote

⁽³⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 1.

⁽⁴⁾ Zie in deze zin, Brussel, 27 juni 2002, nr. 2002/4312, niet bekendgemaakt, en Brussel, 11 juli 2003, DAOR, 2003, blz. 40. Zie eveneens het arrest van de Raad van State nr. 129.636 van 23 maart 2004, s.a. Open Tours - Les Voyages Belges.

voorbehoud van het beleid inzake gemeenschappelijk stads- en streekvervoer ⁽⁵⁾. Ze heeft ook opgemerkt dat de gewesten bevoegd zijn om te zorgen voor de coördinatie van de middelen van gemeenschappelijk vervoer en dat ze eveneens bevoegd zijn om vergunningen af te geven voor de bijzondere vormen van geregeld vervoer, zoals het leerlingenvervoer en het vervoer van werknemers ⁽⁶⁾. De gewesten zijn daarentegen niet bevoegd voor het regelen van de specifieke vervoersvoorzieningen in verband met gemeenschapsbevoegdheden ⁽⁷⁾.

Daaruit volgt dat het Gewest de mobiliteit kan bevorderen van de personen die de toeristische plaatsen van Brussel-Hoofdstad bezoeken door de middelen voor het gemeenschappelijk vervoer van die personen te organiseren ⁽⁸⁾ en door te zorgen voor de coördinatie van die onderscheiden vervoermiddelen. In dat opzicht is het Gewest bevoegd voor het toezicht op de afstemming van de reiswegen in kwestie op de behoeften van die clientèle. Het Gewest mag evenwel geen regels uitvaardigen met betrekking tot de toeristische activiteit op zich. Met andere woorden, het Gewest mag niet regelgevend optreden inzake de aanvullende diensten zoals het verstrekken van vertalingen en van toeristische informatie ter gelegenheid van dat vervoer ⁽⁹⁾. Bijgevolg mag het Gewest in artikel 2 van het voorontwerp van ordonnantie de diensten in kwestie niet definiëren als

⁽⁵⁾ Advies 36.142/4, door de afdeling wetgeving van de Raad van State op 15 december 2003 uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 1 april 2004 betreffende de plaatselijke mobiliteit en toegankelijkheid (*Gedr. St. Waals Parlement*, 2003-2004, nr. 649/1).

⁽⁶⁾ *Gedr. St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, blz. 16 (*Pasin.*, 1988, blz. 763). Zie eveneens advies 27.321/4, dat de afdeling wetgeving van de Raad van State op 23 maart 1998 heeft uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 16 juli 1998 houdende reglementering van het vervoer van leerlingen die de door de Franse Gemeenschap op het grondgebied van het Franse taalgebied georganiseerde of gesubsidieerde onderwijs-inrichtingen bezoeken (*Gedr. St.*, Waals Parlement, 1997-1998, nr. 373/1).

⁽⁷⁾ Zie, voor wat het schoolvervoer betreft, het voormelde advies 27.321/4 en advies 35.805/4, dat op 8 oktober 2003 is uitgebracht over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 1 april 2004 betreffende het schoolvervoer en de plannen inzake schoolverplaatsingen (*Gedr. St.*, Waals Parlement, 2003-2004, nr. 634/1).

⁽⁸⁾ Dat is overigens ook de mening van het Gewest (memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 8).

⁽⁹⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, blz. 14.

"door het aanbieden van aanvullende diensten (die) in hoofdzaak gericht zijn op reizigers die bezienswaardigheden van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest wensen te bezichtigen of er informatie over wensen te verkrijgen", aangezien die aangelegenheid ontegensprekelijk valt onder het toeristisch beleid, zoals hiervoor uiteengezet is.

III. Verenigbaarheid met hogere regelingen

A. Procedé dat door het Gewest wordt gebruikt

In wezen gaat de Regering ervan uit dat de toekenning aan de MIVB van de exploitatie van een dienst voor vervoer naar de bezienswaardigheden neerkomt op het toekennen van een openbare dienst. Ze merkt op dat ingevolge artikel 5 van richtlijn 2004/17/EG van het Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna te noemen "richtlijn 2004/17/EG") ⁽¹⁰⁾, de regels inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn op concessieovereenkomsten voor vervoerdiensten.

De Regering geeft evenwel te kennen dat "van een concessieovereenkomst voor diensten ... evenwel slechts sprake (is) wanneer er een overeenkomst is" ⁽¹¹⁾. Zulks zou *in casu* evenwel niet het geval zijn, aangezien het Gewest overweegt om aan de MIVB de exploitatie van de dienst voor vervoer naar de bezienswaardigheden toe te vertrouwen via de unilaterale weg van een ordonnantie.

De Regering zet in dit verband uiteen dat het dat procedé kan aanwenden. Immers, "de regels inzake overheidsopdrachten (zijn) niet van toepassing wanneer het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, aan een van die dienst onderscheiden lichaam een opdracht geeft en tegelijkertijd op dit lichaam toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en dit lichaam het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve

⁽¹⁰⁾ PB L 134, blz. 1.

⁽¹¹⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 12.

van het overheidsorgaan dat hem beheerst" ⁽¹²⁾. Welnu, "volgens het huidige wetgevende kader (zou) de MIVB aan deze criteria (voldoen)".

Ten slotte wijst de Regering erop dat, zelfs indien de regels inzake overheidsopdrachten en inzake concessieovereenkomsten voor diensten *in casu* niet van toepassing zijn, het primaire gemeenschapsrecht, inzonderheid de vrijheid van vestiging en het beginsel van het vrij verrichten van diensten, blijven gelden. Volgens de Regering zou er

"vanuit mededingsrechtelijk oogpunt ... bijgevolg geen bezwaar (zijn) om de MIVB de exclusiviteit te verlenen voor de uitbating van het openbaar vervoer tussen bezienswaardigheden".

Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voegt daaraan toe dat

"de MIVB bij het selecteren van een privé-partner rekening (zal) moeten houden met de regels inzake overheidsopdrachten" ⁽¹³⁾.

Deze analyse vereist verduidelijkingen en opmerkingen.

B. Verenigbaarheid van het voorontwerp van ordonnantie met het gemeenschapsrecht

(1) Bepaling van de toepasselijke regels

1. De regels inzake overheidsopdrachten zijn niet van toepassing op het bij wege van een ordonnantie aan de MIVB toekennen van de bevoegdheid om vervoer naar de bezienswaardigheden organiseren. Volgens de definitie van de opdrachten die gegeven wordt in artikel 1, lid 2, a), van richtlijn 2004/17/EG, is voor een overheidsopdracht immers een overeenkomst vereist.

⁽¹²⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 13, eerste alinea.

⁽¹³⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, blz. 11.

Tot dezelfde vaststelling komt men in het licht van artikel 5, derde streepje, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten ⁽¹⁴⁾.

Daarenboven zal ook de overeenkomst waarmee de MIVB de exploitatie in kwestie "in onderaannesteding zal geven" niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17/EG vallen. Die overeenkomst zal immers de vorm aannemen van een concessie van openbare diensten. In de nota van 26 april 2007 heeft de steller van het voorontwerp van ordonnantie het volgende uiteengezet :

"De voorgestelde oplossing werd onder meer gekozen omwille van de financiële neutraliteit ervan. De eventuele kosten die de organisatie van dit aanbod voor de MIVB met zich zouden meebrengen, kunnen worden gedekt door een vergoeding door de concessionarissen die deel kan uitmaken van de concessieovereenkomst" (blz. 2).

Het is duidelijk de bedoeling om de "onderaannemer" overeenkomstig de huidige regeling alle kosten en risico's te laten dragen ⁽¹⁵⁾, doordat de onderaannemer rechtstreeks door de gebruikers van de dienst vergoed wordt. De omstandigheid dat de overeenkomst herhaaldelijk als concessieovereenkomst wordt bestempeld en de voornoemde kenmerken, die de kenmerken van een concessieovereenkomst zijn ⁽¹⁶⁾, impliceren dat deze overeenkomst niet valt onder het begrip "schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel", dat gehanteerd wordt in de definitie van de overheidsopdrachten voor diensten in de zin van artikel 1, lid 2, a) en d), van richtlijn 2004/17/EG ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Bovendien zal de voorgenomen verrichting het noodzakelijk maken het beheerscontract dat tussen het Gewest en de MIVB gesloten is aan te passen om de principes en de minimumvereisten van die vervoerdienst te bepalen. Ook op dat soort van contract zijn de regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing.

⁽¹⁵⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, blz. 1.

⁽¹⁶⁾ Zie in deze zin het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna te noemen "het Hof") van 27 oktober 2005, Ingesa, C-234/03, Jurisprudentie blz. I-9315, punt 22.

⁽¹⁷⁾ Zie in deze zin het arrest van het Hof van 7 december van 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurisprudentie I-10745, punten 44 tot 57.

Overheidsopdrachten voor diensten worden door die bepaling van richtlijn 2004/17/EG immers gedefinieerd als :

"schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één of meer aanbestedende diensten en een of meer aannemers, leveranciers, of dienstverrichters".

Overigens stemt het voorgenomen mechanisme overeen met de "concessieovereenkomst voor diensten", die in artikel 1, lid 3, b), van richtlijn 2004/17/EG gedefinieerd wordt als elke

"overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor diensten, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij in uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs".

Er dient dan ook een onderscheid gemaakt te worden tussen een concessie en overheidsopdrachten. Bij artikel 18 van richtlijn 2004/17/EG wordt die soort van overeenkomst evenwel uitgesloten van de werkingssfeer van die richtlijn ⁽¹⁸⁾.

Ook in het interne recht vallen concessies voor openbare diensten niet binnen de werkingssfeer van de voormelde wet van 24 december 1993. In het bijzonder en in het verlengde van het gemeenschapsrecht wordt in artikel 32 van die wet verwezen naar overheidsopdrachten op het gebied van vervoer, maar niet naar concessies voor openbare diensten.

2. Het voorontwerp van ordonnantie is evenwel niet onttrokken aan de gelding van het gemeenschapsrecht.

De MIVB is immers een overheidsbedrijf dat een dienst van openbaar vervoer aanbiedt. Die dienst is een economische bedrijvigheid die verricht zou kunnen

⁽¹⁸⁾ Wat de niet-uitgesloten sectoren betreft, zie artikel 1, lid 4, en artikel 17 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134 van 30 april 2004 blz. 114).

worden door een exploitant met winstoogmerk. In de context van het mededingingsrecht omvat het begrip onderneming evenwel elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd, en die op een bepaalde markt goederen of diensten aanbiedt ⁽¹⁹⁾. De MIVB valt normaal gesproken onder de communautaire regels inzake mededinging.

Bovendien strekt het voorontwerp van ordonnantie er formeel toe aan de MIVB een nieuwe taak op te dragen die erin bestaat te zorgen voor het vervoer naar belangrijke plaatsen. Ook dat is een economische activiteit ⁽²⁰⁾, die thans overigens door drie privé-exploitanten wordt uitgeoefend ⁽²¹⁾.

3. Voorts wordt bij het voorontwerp van ordonnantie aan de MIVB de verplichting opgelegd om de exploitatie van die dienst in onderaannesteding te geven aan de privé-sector.

De onderneming die als enige de onderaannesteding zou verkrijgen, zou een uitsluitend recht genieten in de zin van artikel 2, lid 1, f), van richtlijn 80/723/EEG van de Commissie van 25 juni 1980 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen Lid-Staten en openbare bedrijven ⁽²²⁾. Als enkele onderaannemers zouden worden gekozen, zouden die een bijzonder recht genieten in de zin van artikel 2, lid 1, g), van diezelfde richtlijn.

Daarenboven wordt in het voorontwerp van ordonnantie bepaald dat de MIVB gemachtigd zal worden om zelf het vervoer in kwestie te exploiteren in het

⁽¹⁹⁾ Arrest van het Hof van 12 september 2000, Pavlov e.a., C-184/98, Jurisprudentie, blz. I-6451, punten 74 en 75, alsook de geciteerde referenties; arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 12 december 2000, Aéroports de Paris/Commissie, T-128/98, Jurisprudentie, blz. II-3929, punt 107.

⁽²⁰⁾ Zie in deze zin het voormelde arrest Brussel, 11 juli 2003, DAOR, blz. 40, punt 32.

⁽²¹⁾ Nota van 30 november 2006 aan de leden van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering (hierna te noemen "de nota van 30 november 2006"), blz. 1 en 2.

⁽²²⁾ Geconsolideerde versie op <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/nl/consleg/1980/L/01980L0723-19931001-nl.pdf>.

uitzonderlijke geval dat ze er niet in zou slagen een onderaannemer aan te trekken of als die tekort zou schieten. In dat geval zou ook de MIVB een uitsluitend recht genieten.

4. In deze context dient het voorontwerp van ordonnantie normaal gesproken onderzocht te worden in het licht van artikel 86, lid 1, EG, welke bepaling als volgt luidt :

"De Lid-Staten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van dit Verdrag, [...]" ⁽²³⁾.

Immers, aangezien de bedoeling van deze bepaling erin bestaat de openbare overheden te beletten om overheidsbedrijven te gebruiken voor doeleinden die strijdig zijn met het Verdrag, moeten de maatregelen waarvan daarin sprake is ruim geïnterpreteerd worden. Daaruit volgt dat die maatregelen inzonderheid regels van wetgevende waarde omvatten, zoals ordonnanties van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

5. Overeenkomstig artikel 86, lid 1, EG moet het voorontwerp van ordonnantie bijgevolg worden getoetst aan artikel 12 EG (verbod van elke discriminatie op grond van nationaliteit) en aan de artikelen 81 tot 89 EG (regels betreffende de mededinging) alsook aan de overige regels van het verdrag. In laatstgenoemd opzicht dient eveneens te worden nagegaan of het verenigbaar is met inzonderheid artikel 43 EG (vrijheid van vestiging). Die bepalingen gelden immers niet alleen voor overeenkomsten ⁽²⁴⁾. Bij die bepalingen worden zonder onderscheid verboden alle maatregelen die de uitoefening, door onderdanen van de Gemeenschap, van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder

⁽²³⁾ Voor voorbeelden van de toepassing van artikel 86 EG op vervoernetten die uitsluitende rechten genieten, zie: arrest van het Hof van 11 april 1989, Ahmed Saeed, 66/86, Jurisprudentie, blz. I-803; arrest van het Gerecht van eerste aanleg van 19 juni 1997, Air Inter, T-260/94, Jurisprudentie, blz. II-997 (monopolie op vliegroutes). Zie eveneens arrest van het Hof van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner, C-475/99, Jurisprudentie, blz. I-8089.

⁽²⁴⁾ Arrest van het Hof van 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurisprudentie, blz. I-8612, punt 60.

aantrekkelijk kunnen maken. Ze gelden dus inzonderheid voor interne wetgevende bepalingen en voor concessieovereenkomsten van openbare diensten⁽²⁵⁾ die niet bedoeld worden in de richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

6. Concreet vloeit uit hetgeen voorafgaat voort dat, zoals in de memorie van toelichting van het voorontwerp van ordonnantie terecht wordt aangegeven⁽²⁶⁾, de toewijzing van een nieuwe economische activiteit aan een overheidsbedrijf en de toewijzing van uitsluitende of bijzondere activiteiten aan privéondernemingen normaal gesproken moet geschieden na afloop van een objectieve en transparante procedure⁽²⁷⁾. Die transparantieplichting houdt in dat een onderneming die gevestigd is op het grondgebied van een andere lidstaat toegang moet kunnen hebben tot de passende informatie teneinde in staat te zijn om haar interesse voor het uitoefenen van de activiteit in kwestie te doen blijken.

⁽²⁵⁾ In verband met de toepassing van die bepalingen op concessieovereenkomsten voor diensten : Mededeling (COM(2005) 569 definitief) van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's over publiek-private samenwerking en het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten, punt 3.1; interpretatieve mededeling (2006/C 179/02) van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, PB 2006, C 179, blz. 2. Zie eveneens het voormelde arrest van het Hof, Parking Brixen, punten 46 tot 49, en het voormelde arrest-Ingessa, punt 23.

⁽²⁶⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 11, drie laatste alinea's.

⁽²⁷⁾ Voormeld arrest van het Hof, Telaustria en Telefonadress, punten 61 en 62, en voormeld arrest Parking Brixen, punt 49.

(2) De uitzondering van "interne" prestaties

I. Criteria voor de toepassing van de uitzondering voor "interne" prestaties

Op de voornoemde principes geldt een uitzondering voor het geval van "interne" prestaties ⁽²⁸⁾. Het Hof is in dit verband van oordeel dat een oproep tot inschrijving niet verplicht is "wanneer het overheidsorgaan, dat een aanbestedende dienst is, op het betrokken onderscheiden lichaam toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en dit lichaam tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die hem beheersen." ⁽²⁹⁾ Zo een situatie kan immers worden gelijkgesteld met interne bedrijvigheid van de aanbestedende dienst. Voorts mag de controle op de naleving van die voorwaarden niet beperkt blijven tot de situatie op het ogenblik waarop de activiteit in kwestie is toegewezen. Er behoort rekening te worden gehouden met de onderzochte verrichting in haar geheel, met inbegrip van de fases na die toewijzing ⁽³⁰⁾.

2. Toepassing van de uitzondering in de wetgevende context die hier wordt onderzocht

Totnogtoe heeft het Hof van Justitie die rechtspraak toegepast in zaken waarbij de betrekkingen tussen de twee entiteiten van contractuele aard waren. Het Gewest, zijnerzijds, wil haar toepassen in een context waarin de nieuwe activiteit bij wege van een ordonnantie op unilaterale wijze aan de MIVB wordt toegewezen.

⁽²⁸⁾ Die vaak "in house" prestaties worden genoemd.

⁽²⁹⁾ Arresten van het Hof van 18 november 1999, Teckal, C-107/98 Jurisprudentie I-8121, punt 50; van 11 januari 2005, Stadt Halle en RPL Lochau, C-26/03, Jurisprudentie, blz. I-1, punt 49; van 13 januari 2005, Commissie/Spanje, C-84/03, Jurisprudentie, blz. I-139, punt 39; voormeld arrest Parking Brixen, punt 58; van 6 april 2006, ANAV, C-410/04, Jurisprudentie, blz. I-3303, punt 24, en van 11 mei 2006, Carbotermo en Consorzio Alisei, C-340/04, Jurisprudentie, blz. I-4137, punt 33.

⁽³⁰⁾ Arrest van het Hof van 10 november 2005, Commissie/Oostenrijk, C-29/04, Jurisprudentie, blz. I-9705, punten 38 tot 42.

Wanneer het voorgenomen mechanisme evenwel in zijn geheel wordt geanalyseerd, zoals de rechtspraak van het Hof het wil ⁽³¹⁾, blijkt dat de exploitatie van het vervoer naar bezienswaardigheden in de regel bij onderaanneming zal worden verleend, waarvoor een overeenkomst tussen de MIVB en een onderaannemer uit de particuliere sector vereist is ⁽³²⁾.

Aangezien uit de rechtspraak van het Hof van Justitie ⁽³³⁾ volgt dat de lidstaten "(geen) nationale wettelijke regeling (mogen) handhaven waarbij de gunning van openbare diensten concessies zonder oproep tot mededinging is toegestaan, omdat deze gunning in strijd is met de artikelen 43 EG of 49 EG dan wel met de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie", mogen de lidstaten bijgevolg, *a fortiori*, zo een wetgeving niet aannemen.

3. Onderzoek van de voorwaarden voor toepassing van de uitzondering

3.1. Aangezien interne bedrijvigheden een uitzondering zijn op de algemene regels van het gemeenschapsrecht, moeten de voorwaarden die hierna, in opmerking III, B, (2), 1, worden vermeld, "strikt ... uitgelegd (worden) en [...] degene die zich erop wil beroepen, dient te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan" ⁽³⁴⁾.

In de memorie van toelichting beperkt de steller van het voorontwerp van ordonnantie zich ertoe te beweren dat "(de MIVB) volgens het huidige wetgevende kader voldoet aan deze (voorwaarden)" ⁽³⁵⁾. Die bewering volstaat niet in het licht van de voornoemde rechtspraak. Naar aanleiding van het daaruit voortvloeiende verzoek om die

⁽³¹⁾ Zie het voormelde arrest van het Hof Commissie/Oostenrijk.

⁽³²⁾ Zie de artikelen 4 en 7 van het voorontwerp van ordonnantie.

⁽³³⁾ Zie het voormelde arrest Parking Brixen, punten 48 tot 52 en het voormelde arrest ANAV, punten 21 tot 25.

⁽³⁴⁾ Voormelde arresten van het Hof, Stadt Halle en RPL Lochau, punt 46, Parking Brixen, punt 63, en ANAV, punt 25.

⁽³⁵⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 13, derde alinea.

bewering te staven, heeft de gemachtigde van de Minister inzonderheid aangegeven dat de overheid de MIVB volledig controleert, zoals zou blijken uit de ordonnantie van 22 november 1990 betreffende de organisatie van het openbaar vervoer in het Brusselse Hoofdstedelijk Gewest en uit de statuten van de MIVB.

De voorwaarde dat de aangewezen entiteit het merendeel van haar werkzaamheden moet verrichten ten behoeve van het overheidsorgaan of de overheidsorganen die haar beheersen, is vervuld. De MIVB is immers een vennootschap waarvan de activiteit erin bestaat een dienst van stedelijk openbaar vervoer te onderhouden in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (artikel 1, derde lid, van de voormelde ordonnantie van 22 november 1990 en artikel 2 van de statuten van de MIVB) ⁽³⁶⁾.

De voorwaarde dat het overheidsorgaan op de entiteit in kwestie toezicht moet uitoefenen zoals op zijn eigen diensten, harerzijds, geeft aanleiding tot enkele preciseringen.

Volgens de rechtspraak moet de vennootschap waaraan de dienst wordt opgedragen onder een zodanig toezicht staan dat de overheidsinstantie haar beslissingen kan beïnvloeden. Het moet gaan om een doorslaggevende invloed zowel op de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van die vennootschap ⁽³⁷⁾. Artikel 1, derde, vijfde en zesde lid, de artikelen 2, 4 en 7, tweede lid, alsook de artikelen 9 en 12 van de voornoemde ordonnantie van 22 november 1990 voldoen aan die criteria.

Het is evenwel vaststaande rechtspraak dat deelneming van een privé-onderneming, ook al gaat het om een minderheidsdeelneming, in het kapitaal van een vennootschap waarin ook een aanbestedende overheidsinstantie deelneemt, hoe dan ook uitsluit dat die overheidsinstantie op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op

⁽³⁶⁾ Zie, in deze zin, de conclusie van advocaat-generaal Geelhoed bij het voornoemde arrest-ANAV, punt 8, in verband met een dienst voor lokaal openbaar vervoer op het grondgebied van de gemeente Bari.

⁽³⁷⁾ Voormelde arresten van het Hof Parking Brixen, punt 65, en Carbotermo, punt 36.

haar eigen diensten ⁽³⁸⁾. Uit de statuten van de MIVB blijkt dat een nv Brussel Infrastructuur Financiering deelneemt in het kapitaal ervan. Deze vennootschap is echter een filiaal van de Gewestelijke Investeringsmaatschappij voor Brussel ⁽³⁹⁾.

3.2. Er is evenwel een belangrijk bezwaar tegen het *in casu* hanteren van het begrip "interne" bedrijvigheid.

Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof moet de gunning van de opdracht van de organisatie van vervoer naar bezienswaardigheden worden beoordeeld rekening houdend met al de fasen waarin het voorontwerp van ordonnantie voorziet, alsook met hun doel en niet op basis van de louter chronologische volgorde ervan ⁽⁴⁰⁾.

Er is echter reeds benadrukt dat het voorontwerp van ordonnantie als regel aan de MIVB de verplichting oplegt om de bewuste organisatie van vervoer uit te besteden, zodat de exploitatie ervan aan de onderaannemer toekomt.

Het voorontwerp van ordonnantie moet aldus worden gezien als een complexe constructie, die verschillende fasen omvat. In de eerste plaats de gunning aan de MIVB, bij ordonnantie, van een extra taak bestaande in het organiseren van vervoer naar toeristische plaatsen ⁽⁴¹⁾. Ten tweede de verplichting voor haar om het beheer van deze dienst aan de privé-sector toe te vertrouwen.

⁽³⁸⁾ Voormelde arresten van het Hof, Stad Halle en RPL Lochau, punt 49; Parking Brixen, punt 67; Commissie/Oostenrijk, punt 46; ANAV, punt 31.

⁽³⁹⁾ Uit dezelfde statuten blijkt evenwel dat de raad van bestuur van de MIVB nieuwe vennoten kan toelaten (artikel 5 van de statuten van de MIVB). Hieruit volgt dat het kapitaal kan worden opengesteld voor particuliere aandeelhouders. Een dergelijke situatie zou tot gevolg hebben dat een economische activiteit zonder oproep tot mededinging zou worden gegund aan een gemengde vennootschap (de afdeling wetgeving wijst er aldus op dat de "prijszetting (...) ingegeven [zou moeten] zijn door normale commerciële parameters"[memorie van toelichting, bespreking van artikel 6, blz. 16]), hetgeen tegen de doelstellingen van het gemeenschapsrecht zou ingaan (zie in die zin het voormelde arrest-ANAV, punt 30). Na lezing van de in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakte statuten blijkt dat dit thans niet het geval is.

⁽⁴⁰⁾ Voormeld arrest van het Hof, Commissie/Oostenrijk, punt 41.

⁽⁴¹⁾ Opmerking I, 1, hierboven.

In deze context kan de door de Regering opgevatte juridische constructie dus geen "interne" bedrijvigheid worden genoemd.

3.3. De gemachtigde van de minister heeft evenwel gewag gemaakt van een voorstel van verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening nr. 1107/70 van de Raad (hierna te noemen "het voorstel van verordening over het openbaar personenvervoer").

Het bestaan van dit voorstel van verordening kan echter niets afdoen aan de conclusie die voorafgaat.

Het Parlement heeft dit voorstel in tweede lezing aangenomen op 10 mei 2007 en heeft het terzelfder tijd aangepast⁽⁴²⁾. De afdeling wetgeving wijst er derhalve op dat de wetgevende procedure niet geëindigd is en dat de tekst *a fortiori* nog niet van kracht is. De Raad van State kan derhalve zijn advies hierop niet baseren.

Bovendien zou dit voorstel van verordening, als het als zodanig wordt aangenomen, geen afbreuk doen aan de vaststellingen die gedaan zijn in de opmerkingen III, B, (2), 3.2 en volgende hierboven. Deze maken het immers blijvend onmogelijk om de geplande regeling een "interne" bedrijvigheid te noemen.

4. Conclusie over het aanhaken, met het voorontwerp van ordonnantie, bij het begrip "interne" prestaties

Uit de toelichting die voorafgaat blijkt dat het voorontwerp van ordonnantie, dat ertoe strekt de organisatie van vervoer naar bezienswaardigheden aan de MIVB en de concessie voor de concrete exploitatie ervan aan de privé-sector toe te vertrouwen, niet voldoet aan de voorwaarden van een "interne" bedrijvigheid in de zin van het gemeenschapsrecht. Het voorontwerp van ordonnantie moet derhalve met artikel 86 EG overeenstemmen.

⁽⁴²⁾ Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement van 10 mei 2007 over het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de voormelde verordening, A6-0131/2007.

(3) Overeenstemming van het voorontwerp van ordonnantie met artikel 86 EG

1. Risico van misbruik van machtspositie ⁽⁴³⁾

1. Volgens de rechtspraak van het Hof is het louter creëren van een machtspositie door verlening van uitsluitende rechten in de zin van artikel 86, lid 1, EG niet als zodanig onverenigbaar met artikel 82 EG. Een lidstaat handelt slechts in strijd met het verbod uitgevaardigd door deze twee bepalingen, indien de betrokken onderneming, enkel door gebruik te maken van het haar verleende uitsluitende recht, ertoe wordt gebracht misbruik van haar machtspositie te maken, of indien deze rechten een situatie kunnen creëren waarin die onderneming tot een dergelijk misbruik wordt gebracht ⁽⁴⁴⁾.

Schending van de artikelen 86, lid 1, en 82 EG veronderstelt dus dat de overheid de oorzaak van een machtspositie is en dat de onderneming die deze machtspositie bezit er misbruik van maakt in de zin van artikel 82 EG.

Het voorontwerp van ordonnantie maakt het niet mogelijk er als zodanig van uit te gaan dat de MIVB noodzakelijkerwijs misbruik zal maken van haar nieuwe bevoegdheid. Gelet op de eigenheid van de bij het voorontwerp van ordonnantie geplande juridische constructie, dient er echter weer op gewezen te worden dat uit een communautair oogpunt de Staat aansprakelijk is voor tekortkomingen van publiekrechtelijke verenigingen zoals de MIVB ⁽⁴⁵⁾. Bovendien kan de niet-contractuele aansprakelijkheid van overheden vaststaan, op basis van het gemeenschapsrecht en van de rechtspraak van het Hof van Cassatie, ongeacht het betrokken orgaan, ook al is het de

⁽⁴³⁾ De afdeling wetgeving onderzoekt enkel de kwestie van het risico van misbruik van machtspositie. Ze onderzoekt niet de basisvoorwaarden (inzonderheid de vaststelling van de bewuste opdracht) die noodzakelijk zijn voor de toepassing van artikel 82 EG, in zoverre het Hof van beroep te Brussel in zijn voormelde arrest van 11 juli 2003 heeft gesteld dat de bewuste opdracht valt onder deze categorieën, en in zoverre de steller ervan zelf het voorontwerp van ordonnantie wettigt uit het oogpunt van de mededingingsregels van het verdrag.

⁽⁴⁴⁾ Arrest van het Hof van 12 september 2000, Pavlov e.a. C-180/98 tot C-184/98, Jurisprudentie. blz. I-6451, punt 127, en van 30 maart 2006, Servizi Auxiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Jurisprudentie. blz. I-2941, punt 23.

⁽⁴⁵⁾ Artikel 1, derde lid, van de voornoemde ordonnantie van 22 november 1990.

schuld van een wetgever of van een overheid die organiek en functioneel onafhankelijk is ⁽⁴⁶⁾.

Concreet betekent dit dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig maakt aan misbruik in de zin van artikel 82 EG, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming kan worden verricht in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve - commerciële - ⁽⁴⁷⁾ noodzaak aan zichzelf voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld ⁽⁴⁸⁾. Indien de uitbreiding van de machtspositie van de onderneming waaraan de staat bijzondere of uitsluitende rechten heeft verleend, het gevolg is van een overheidsmaatregel, vormt die maatregel een schending van artikel 86 *juncto* artikel 82 EEG-Verdrag ⁽⁴⁹⁾.

Bij extrapolatie kan worden gesteld dat eveneens een misbruik van machtspositie zou opleveren de omstandigheid dat de MIVB, die op haar markt reeds een monopoliepositie bezit, zonder objectieve reden iedere mededinging op de verwante markt van toeristische rondritten uitschakelt, en hierbij haar exploitatie aan deze of gene exploitant in concessie geeft volgens tracés - eventueel opgesplitst - die ze zou opleggen. Van dit misbruik zou des te meer sprake zijn als die concessie gegeven wordt als tegenprestatie voor een vergoeding, die zelf wordt gecompenseerd door strafrechtelijk beschermde exclusieve rechten ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ Arrest van het Hof van 5 maart 1996, *sa Brasserie du Pêcheur en Factortame III*, C-46 en 48/93, Jurisprudentie, blz. I-1029, punt 35. Op basis van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, zie Cass. 28 september 2006, C020570F.

⁽⁴⁷⁾ De redenen voor de verkrijging of versterking van een machtspositie, in de zin van artikel 82 EG, dat gaat over de betrekkingen tussen privé- ondernemingen, moeten worden onderscheiden van de redenen die een openbare dienst van algemeen economisch belang kan aanvoeren krachtens artikel 86, lid 2, EG.

⁽⁴⁸⁾ Arresten van het Hof van 13 december 1991, RTT, 18/88, Jurisprudentie blz. I-5941, punt 18, en *Ambulanz Glöckner*, punt 40.

⁽⁴⁹⁾ Voormelde arresten van het Hof, RTT, punt 21; van 25 juni 1998, *Dusseldorp e.a.*, C-203/96, Jurisprudentie, blz. I-4075, punt 61, en *Ambulanz Glöckner*, punt 40.

⁽⁵⁰⁾ Zie artikel 8 van het voorontwerp van ordonnantie.

Hieruit volgt dat het Gewest ervoor moet waken dat de MIVB, een publiekrechtelijke vereniging die reeds een monopoliepositie bezit, niet wordt belast met de organisatie van een verwante markt onder voorwaarden die haar in staat zouden stellen op deze markt alle mededinging uit te schakelen in omstandigheden die misbruik van een machtspositie opleveren.

2. In het onderhavige geval is in de opmerkingen III, B, (1), 1 en volgende hierboven vastgesteld dat geen enkele algemene bepaling het in concessie geven van vervoerdiensten per bus regelt. Het voorontwerp van ordonnantie regelt evenmin de wijze van concessionering van de dienst en waarborgt niet het behoud van een vorm van mededinging. Artikel 4 van het voorontwerp van ordonnantie daarentegen verwijst naar de vorm en de voorwaarden van uitbesteding die de MIVB zal bepalen.

In de memorie van toelichting staat :

"Wanneer het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de MIVB op exclusieve wijze belast met deze dienst en haar er tevens mee gelast of haar de mogelijkheid biedt om deze dienst waar te nemen in samenwerking met een privé-onderneming, dan zal de MIVB bij het selecteren van een privé-partner rekening moeten houden met de regels inzake overheidsopdrachten."⁽⁵¹⁾

Op te merken valt echter dat geen enkele van de bepalingen van het voorontwerp van ordonnantie de bedoeling van de steller ervan weergeeft zodat op dit punt het voorontwerp van ordonnantie ernstig tekortschiet.

Het moet dus worden aangevuld om rekening te houden met de voorgaande opmerkingen.

3. Bovendien kan evenmin worden voorbijgegaan aan de context waarin het voorontwerp van ordonnantie tot stand is gekomen. Het ligt in het verlengde van een besluit van 11 januari 2000 van de MIVB om in samenwerking met een enkele privé-

⁽⁵¹⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 13, *in fine*.

onderneming een toeristische autobuslijn te exploiteren. Daarenboven heeft het Hof van beroep te Brussel in zijn voormelde arrest van 11 juli 2003 geconstateerd :

"(...) la STIB [a] favoris[é] sans justification aucune la s.a. [...] par rapport à tout prestataire potentiel des services de transport touristique hop on - hop off et de tout prestataire présent de services de transport touristique en bus à portes fermées" ⁽⁵²⁾.

Ten slotte wordt in de memorie van toelichting meteen de wildgroei van toeristische autobusdiensten betreurd ⁽⁵³⁾ en sluit de Regering niet de mogelijkheid uit dat de MIVB kiest voor een enkele privé-partner ⁽⁵⁴⁾.

4. De enige commerciële wettiging die de steller van het voorontwerp van ordonnantie voor de beoogde regeling verstrekt bestaat hierin dat "andere alternatieven [...] niet in dezelfde mate [als deze regeling] in de bestaande diensten van de MIVB [zouden] kunnen worden geïntegreerd" ⁽⁵⁵⁾.

De formule is evenwel vaag en niet gestaafd.

Het argument is niet overtuigend in zoverre de steller van het voorontwerp van ordonnantie echter zou verwijzen naar de mogelijkheid om "combi-tickets" uit te geven, die het mogelijk [zouden] maken binnen een [bepaalde] tijdspanne (...) toegang te krijgen tot de toeristische lijn en het net van de MIVB" ⁽⁵⁶⁾. Het Hof van beroep te Brussel heeft immers in zijn voornoemde arrest van 11 juli 2003 geconstateerd dat dit soort tickets nooit uitgegeven was ⁽⁵⁷⁾. Zelfs aangenomen dat dit gebrek later zou zijn verholpen ⁽⁵⁸⁾, is

⁽⁵²⁾ Punt 33 van het arrest.

⁽⁵³⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 2.

⁽⁵⁴⁾ Nota van 26 april 2007, blz. 2 en nota van 30 november 2006, blz. 5.

⁽⁵⁵⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 5, derde lid, eerste streepje.

⁽⁵⁶⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, blz. 2, laatste streepje.

⁽⁵⁷⁾ Punt 5 van het arrest.

⁽⁵⁸⁾ In de nota van 30 november 2006 (blz. 5) wordt te kennen gegeven dat deze tariefintegratie nog niet bestaat.

het geconstateerde getalm in tegenspraak met de noodzaak om een exclusief recht te verlenen aan een privé-onderneming, om de loutere, hierboven opgegeven reden. De afdeling wetgeving betwijfelt trouwens of zo een beperkte vorm van integratie een objectieve economische wettigingsgrond kan opleveren voor het verlenen van een machtspositie en zelfs van een monopoliepositie. Fundamenteler nog, het is de afdeling wetgeving inzonderheid niet duidelijk wat zou beletten de formule van de "combi-tickets" uit te breiden tot verschillende privé-partners of tot partners met een opgesplitst traject.

5. Gelet op wat voorafgaat, zou het voorontwerp van ordonnantie dus in strijd kunnen worden geacht met artikel 86, lid 1, EG, *juncto* artikel 82 EG. In dit geval behoort te worden onderzocht of de uitzondering gemaakt in artikel 86, lid 2, EG kan worden aangevoerd, namelijk het bestaan van een opdracht van beheer van een dienst van algemeen economisch belang ⁽⁵⁹⁾.

2. Wettiging ten aanzien van de uitzondering gemaakt in artikel 86, lid 2, EG

1. Volgens de rechtspraak van het Hof kan de bij deze bepaling ingestelde afwijking alleen worden aangevoerd op voorwaarde dat de bewuste onderneming door de overheid belast is met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, dat de toepassing van de regels van het verdrag de vervulling van de toevertrouwde bijzondere taak verhindert, en ten slotte dat het belang van de Gemeenschap niet wordt geschaad ⁽⁶⁰⁾.

Steeds volgens de rechtspraak van het Hof is uitsluiting van de mededinging, wat het voorontwerp van ordonnantie mogelijk maakt, echter niet gerechtvaardigd ten aanzien van specifieke, van de betrokken dienst van algemeen belang dissocierbare diensten, voor zover die diensten het economisch evenwicht van de door

⁽⁵⁹⁾ Zie bijvoorbeeld het voormelde arrest van het Hof in de zaak *Ambulanz Glöckner*, punt 51.

⁽⁶⁰⁾ Arresten van het Gerecht van 13 juni 2000, *EPAC/Commissie*, T-204/97 en T-270/97, Jurisprudentie blz. II-2267, punt 125, en van 12 december 2000, *Luchthavens van Parijs/Commissie*, T-128/98, Jurisprudentie blz. II-3929, punt 227. Zie ook het arrest van het Hof van 29 maart 2001, *Portugal/Commissie*, C-163/99, Jurisprudentie blz. I-2613, punt 73.

de houder van het uitsluitende recht verrichte dienst van algemeen economisch belang niet in gevaar brengen.⁽⁶¹⁾

2. In het onderhavige geval voert de steller van het voorontwerp van ordonnantie geen enkel probleem van financieel evenwicht aan.

In de memorie van toelichting worden evenwel drie andere motieven aangevoerd in verband met de openbare dienst om het verlenen van alleenrechten aan de MIVB en aan de onderaannemer die ze zal kiezen te rechtvaardigen. In de eerste plaats zou het overmatige en geconcentreerde gebruik van de openbare weg verkeershinder veroorzaken en problemen aan de stopplaatsen; het zou ook gevolgen hebben voor het milieu. Vervolgens zou de geplande regeling de controle op de voertuigen, de arbeidswetgeving, de dienstregelingen en de tarieven beter waarborgen. Ten slotte zal met elk ander alternatief dan het voorontwerp van ordonnantie "de waarborg voor het organiseren van transport naar een ruime waaier van bezienswaardigheden niet (...) bestaan"⁽⁶²⁾.

De afdeling wetgeving wijst er echter op dat al deze uitleg geen wettiging bevat van de objectieve noodzaak om te werken met het verlenen van alleenrechten, in de plaats van een regelgeving die minder inbreuk maakt op de mededinging, welke

⁽⁶¹⁾ Arrest van het Hof van 19 mei 1993, Corbeau, C-320/91, Jurisprudentie blz. I-2533, punt 14, en voormeld arrest-Ambulanz Glöckner, punt 59.

⁽⁶²⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punten 4 en 5; nota van 30 november 2006, blz. 5.

regelgeving nochtans oorspronkelijk door de Regering werd beoogd ⁽⁶³⁾ ⁽⁶⁴⁾. De onmogelijkheid om minder restrictief te werk te gaan wordt trouwens bevestigd, maar niet gestaafd. Het Gewest is immers niet bevoegd om het toerisme te bevorderen enerzijds; anderzijds kan het met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel erop toezien dat de betrokken vervoersondernemingen andere wetgevingen en regelgevingen in acht nemen, inzonderheid het wegverkeersreglement en de wetgeving op de arbeidsvoorwaarden. Ten slotte maken sommige bepalingen de belemmeringen van het verkeer en het ongeordende gebruik van de stopplaatsen die voorbehouden zijn voor het openbaar vervoer, ongedaan ⁽⁶⁵⁾.

3. Kortom, het voorontwerp van ordonnantie en de memorie van toelichting voldoen, bij hun huidige stand niet aan de vereisten van artikel 86, lid 2, EG, gelet op de gegevens in het dossier dat aan de afdeling wetgeving van de Raad van State is overgezonden en op de argumenten uiteengezet in de memorie van toelichting.

3. Overeenstemming met de andere bepalingen van het verdrag

1. Artikel 43, *juncto* 86, lid 1, EG, vindt toepassing wanneer een door een lidstaat uitgevaardigde maatregel een beperking vormt van de vrije vestiging van de onderdanen van een andere lidstaat op zijn grondgebied en, terzelfdertijd, voordelen

⁽⁶³⁾ Memorie van toelichting, algemeen gedeelte, punt 5; nota van 30 november 2006, blz. 4.

⁽⁶⁴⁾ Over de noodzaak dat bij het optreden van de lidstaten het evenredigheidsbeginsel in acht wordt genomen, dat vereist dat beperkingen van de mededinging en beperkingen van de vrijheden van de interne markt niet verder gaan dan wat voor een effectieve tenuitvoerlegging van de taak van algemeen belang noodzakelijk is, zie mededeling (2001/C 17/04) van de Commissie over de diensten van algemeen belang in Europa, PB 2001, C 17, blz. 4, punt 23. Het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen heeft in het bijzonder geoordeeld dat de omstandigheid dat er aanvaardbare redenen zijn voor de toekenning van een exclusief recht niet volstaat om te kunnen stellen dat dit recht steeds gerechtvaardigd is (arrest van het Gerecht van 8 juli 1999, Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie, T-266/97, Jurisprudentie blz. II-2329, punten 109 en 110).

⁽⁶⁵⁾ Benevens de bepalingen van het wegverkeersreglement, zie artikel 18bis van de voornoemde ordonnantie van 22 november 1990.

verleent aan een onderneming door haar een alleenrecht toe te kennen, tenzij met deze overheidsmaatregel een legitiem doel wordt nagestreefd dat verenigbaar is met het verdrag en voortdurend een rechtvaardiging kan vinden in dwingende redenen van algemeen belang. In een dergelijk geval moet de bewuste overheidsmaatregel geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefte doel te waarborgen en mag hij niet verder gaan dan nodig is om dit doel te bereiken ⁽⁶⁶⁾.

Volgens de rechtspraak van het Hof vormt iedere nationale maatregel, ongeacht of hij van wettelijke, administratieve of gerechtelijke aard is, die de uitoefening van de vrijheid van vestiging belemmert of minder aantrekkelijk maakt, een belemmering in de zin van het verdrag ⁽⁶⁷⁾. Dit is het geval met het voorontwerp van ordonnantie aangezien dit er uitdrukkelijk toe strekt de toegang tot de markt te beperken.

2. De niet-economische verantwoordingen die onderzocht zijn onder opmerking III, B, (3), 2, punt 2, hierboven kunnen in verband worden gebracht met de bescherming van de verbruikers en van het leefmilieu, alsook met de bescherming van het cultureel erfgoed en kunnen worden aanvaard als dwingende vereisten van algemeen belang.

Niet alleen kan het Gewest geen culturele doelstelling nastreven, maar de opmerkingen over artikel 86, lid 2, EG, maken het evenzeer onmogelijk te stellen dat het voorontwerp van ordonnantie niet verder gaat dan wat in het licht van de andere bepalingen van het verdrag noodzakelijk is.

⁽⁶⁶⁾ Vaststaande rechtspraak. Zie bijvoorbeeld de arresten van het Hof van 23 november 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 en C-376/96, Jurisprudentie blz. I-8453, punten 34 en 35; van 21 oktober 2004, *Commissie/Luxemburg*, C-445/03, Jurisprudentie blz. I-10191, punt 21, en van 5 december 2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04, en C-202/04, nog niet in de Jurisprudentie gepubliceerd, punt 64; zie ook het voornoemde arrest van het Gerecht, *Vlaamse Televisie Maatschappij/Commissie*, punt 108.

⁽⁶⁷⁾ Arresten van het Hof van 11 juli 2002, *Gräbner*, C-294/00, Jurisprudentie, blz. I-6515, punt 38, en reeds aangehaalde rechtspraak, en van 22 mei 2003, *Freskot*, C-355/00, Jurisprudentie, blz. I-5263, punt 63.

C. Verenigbaarheid van het voorontwerp van ordonnantie met de vrijheid van handel en nijverheid

De vrijheid van handel en nijverheid is vastgelegd bij artikel 23, tweede lid, 1/, van de Grondwet en bij het decreet-d'Allarde van 2 en 17 maart 1791 ⁽⁶⁸⁾. Ze is evenwel niet absoluut ⁽⁶⁹⁾. Beperkingen van deze vrijheid zijn mogelijk, op voorwaarde dat er een objectieve en redelijke verantwoording bestaat en dat de beperking niet buiten verhouding staat tot het nagestreefde doel ⁽⁷⁰⁾.

De inhoudelijke opmerkingen die gemaakt zijn over de verenigbaarheid van het voorontwerp van ordonnantie met de relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht gelden *mutatis mutandis* in het interne recht ten aanzien van het beginsel van de vrijheid van handel en nijverheid.

Gelet op het belang van deze opmerkingen is dit aspect van het probleem niet verder onderzocht.

IV. Conclusies

1. Het voorontwerp van ordonnantie moet beter aangeven waarop het betrekking heeft in het licht van de regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen het Gewest, de Staat en de Gemeenschappen, opdat het duidelijk beperkt is tot de aangelegenheid van het openbaar stads- en streekvervoer.

2. Inhoudelijk regelt het voorontwerp van ordonnantie geen "interne" bedrijvigheid en is het dus onderworpen aan de vereisten van artikel 86 EG. Het staat de

⁽⁶⁸⁾ Arresten van de Raad van State, nr. 130.492, van 21 april 2004, bvba Funérailles Clerdent, e.a. en nr. 160.995, van 5 juli 2006, Chambre belge des podologues.

⁽⁶⁹⁾ Arresten van de Raad van State, nr. 102.422, van 8 januari 2002, bvba Nouvelle clinique de la Basilique en Chambre belge des podologues, voornoemd.

⁽⁷⁰⁾ Zie inzonderheid arrest nr. 109.508 van de Raad van State van 23 juli 2002, bvba Azimut.

MIVB toe de bestaande mededinging op de betrokken markt te verminderen en zelfs uit te sluiten door er voordeel uit te halen. Het creëert aldus een situatie waarin de MIVB ertoe zou kunnen worden gebracht misbruik te maken van haar machtspositie, in omstandigheden waarbij op een dergelijk misbruik reeds is gewezen door het Hof van beroep te Brussel in zijn voormelde arrest van 11 juli 2003. De memorie van toelichting bij het voorontwerp van ordonnantie verstrekt in dit verband geen duidelijke en onderbouwde verantwoording over het bestaan van een objectieve noodzaak om de mededinging op de markt van de organisatie van vervoer naar bezienswaardigheden te beperken, en zelfs op te heffen, een markt die bijkomstig is ten opzichte van het doel van de Maatschappij. Bovendien lijken de door de Regering aangevoerde motieven niet toereikend te zijn om het voorontwerp van ordonnantie te kunnen laten steunen op de uitzondering bepaald in artikel 86, lid 2, EG.

3. Gelet op wat voorafgaat lijkt het voorontwerp van ordonnantie eveneens een belemmering buiten verhouding tot de vrijheid van vestiging op te leveren, alsook van de vrijheid van handel en nijverheid.

4. Doordat er niet echt redenen zijn voor een andere aanpak, dient het Gewest bijgevolg de toegang tot de betreffende markt open te houden. Het kan zich aldus beperken tot regelgeving voor deze markt om de nadelen waarop het wijst te voorkomen of te beperken. Volgens de ernst van andere motieven die het in voorkomend geval zou kunnen aanvoeren en naar behoren rechtvaardigen, zou het Gewest kunnen opteren voor het behoud van de concessie van diensten, maar op voorwaarde dat wordt voorzien in een oproep tot mededinging van privé-exploitanten, volgens nadere regels die gelijke toegang, doorzichtigheid en objectiviteit waarborgen, overeenkomstig de artikelen 12, 43, 81, 82 en 86 EG.

Steeds met dit doel voor ogen dient het Gewest op grond van de omvang en de ernst van deze motieven na te gaan hoe, na afloop van het uitschrijven van een aanbesteding, het aantal economische actoren aanwezig op deze markt moet worden vastgesteld of beperkt, gereguleerd op basis van deze doelstellingen, een markt waarop

het Gewest of zijn gemachtigde ononderbroken een doeltreffende mededinging moet handhaven ⁽⁷¹⁾.

5. Het besluit is dan ook dat het voorontwerp van ordonnantie moet worden herzien in het licht van de voorafgaande opmerkingen om in de ordonnantie zelf de hoofdbeginselen vast te leggen die de aangelegenheid moeten regelen. De memorie van toelichting moet eveneens worden aangevuld op basis van de opmerkingen die in dit advies gemaakt zijn.

⁽⁷¹⁾ Inzonderheid om kartels te voorkomen of om te reageren op welke vorm van concentratie ook.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY,	staatsraden,
	J. JAUMOTTE,	
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. GILLIAUX, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

C. GIGOT

Ph. HANSE