



RAAD VAN STATE

afdeling Wetgeving

advies 70.845/3
van 14 februari 2022

over

een ontwerp van ministerieel besluit 'houdende de samenstelling
van het bestuursorgaan voor tunnels in het trans-Europese
wegennet'

Op 17 januari 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van ministerieel besluit ‘houdende de samenstelling van het bestuursorgaan voor tunnels in het trans-Europese wegennet’.

Het ontwerp is door de derde kamer onderzocht op 8 februari 2022. De kamer was samengesteld uit Wilfried VAN VAERENBERGH, kamervoorzitter, Jeroen VAN NIEUWENHOVE en Koen MUYLLE, staatsraden, Jan VELAERS en Bruno PEETERS, assessoren, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Dries VAN EECKHOUTTE, eerste auditeur.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 februari 2022.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET ONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde ontwerp van besluit van de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken strekt ertoe de samenstelling te regelen van het bestuursorgaan voor tunnels in het trans-Europese wegennet (artikel 2 van het ontwerp). Het te nemen besluit vervangt het ministerieel besluit van 10 juni 2020 ‘houdende de samenstelling van het bestuursorgaan voor tunnels in het trans-Europese wegennet’,¹ dat wordt opgeheven (artikel 3).

RECHTSGROND

3. Het ontwerp vindt rechtsgrond in artikel 17 van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 november 2007 ‘betreffende de minimumveiligheidseisen, de wijze van goedkeuring van het ontwerp, de veiligheidsdocumentatie, de ingebruikstelling, de wijzigingen en periodieke oefeningen met betrekking tot de tunnels in het trans-Europese wegennet’, waarin de Vlaamse minister bevoegd voor de Openbare Werken wordt gemachtigd het bestuursorgaan aan te wijzen, vermeld in artikel 4, 4°, van het decreet van 1 juni 2007 ‘betreffende de minimumveiligheidseisen voor tunnels in het trans-Europese wegennet’.

Dat artikel 4, 4°, van het decreet van 1 juni 2007 biedt op zijn beurt rechtsgrond voor artikel 17 van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 november 2007.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4.1. In de rubriek ‘Rechtsgronden’ van de aanhef moet meer specifiek worden verwezen naar artikel 4, 4°, van het decreet van 1 juni 2007.

4.2. Voorts moet aan de aanhef een rubriek ‘Vormvereisten’ worden toegevoegd waarin wordt verwezen naar dit advies van de Raad van State.

¹ Dit besluit werd niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

Artikel 2

5.1. Uit artikel 2, eerste lid, 4°, van het ontwerp vloeit voort dat het bestuursorgaan onder meer één effectieve vertegenwoordiger en één plaatsvervanger telt van de Belgische Vereniging voor Ondergrondse Technieken en Stedenbouw.

Het gaat om een vereniging zonder winstoogmerk die als doel heeft om in België de kennis te bevorderen “inzake de studie en de verwezenlijking van ondergrondse werken en het gebruik van de ondergronds ruimte op wetenschappelijk, technisch, juridisch, administratief, economisch en sociaal gebied”.

5.2. Artikel 14, 6), van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’ (hierna: de Dienstenrichtlijn) verbiedt “de directe of indirecte betrokkenheid van concurrerende marktdeelnemers, ook binnen raadgevende organen, bij de verlening van vergunningen of bij andere besluiten van de bevoegde instanties, met uitzondering van beroepsorden en van beroepsverenigingen of andere organisaties die in de hoedanigheid van bevoegde instantie optreden; dit verbod heeft geen betrekking op de raadpleging van organisaties zoals kamers van koophandel of sociale partners over andere aangelegenheden dan individuele vergunningsaanvragen, noch op een raadpleging van het grote publiek”.

In het *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn* wordt omtrent dit verbod het volgende uiteengezet:

“Artikel 14, lid 6, verplicht lidstaten tot intrekking van eventuele eisen uit hun rechtsstelsel die voorzien in betrokkenheid van concurrerende marktdeelnemers bij beslissingen van bevoegde instanties in individuele gevallen. Betrokkenheid van concurrerende marktdeelnemers bij de besluitvorming in individuele gevallen druist namelijk in tegen het uitgangspunt dat objectieve en transparante procedures gewaarborgd moeten zijn, en kan de toegang van nieuwe spelers tot de markt belemmeren².

Lidstaten moeten bijvoorbeeld alle regels afschaffen die voorzien in de betrokkenheid van concurrerende marktdeelnemers bij besluiten over individuele vergunningaanvragen. Bepalingen die voorzien in de betrokkenheid van concurrenten bij alle overige besluiten over individuele gevallen moeten eveneens worden afgeschaft. Het verbod van artikel 14, lid 6, omvat tevens de gevallen waarin concurrenten zitting hebben in een orgaan (bijvoorbeeld een kamer van koophandel) dat wordt geraadpleegd over individuele vergunningaanvragen. Het is echter duidelijk dat lidstaten stelsels in stand mogen houden waarin de deelname/raadpleging van mogelijke concurrenten in andere dan individuele gevallen kan worden overwogen. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij overleg met vertegenwoordigers van het bedrijfsleven dat overheden willen voeren bij het voorbereiden van algemene regels voor de planning van stadsontwikkeling of soortgelijke initiatieven.

² Voetnoot 84 van het aangehaalde *Handboek*: Een dergelijke betrokkenheid van concurrerende marktdeelnemers is door het HvJ reeds als strijdig met artikel 43 van het EG-Verdrag beoordeeld. Zie arrest van 15 januari 2002, Commissie tegen Italië, zaak C-439/99 met betrekking tot de organisatie van handelsbeurzen. Bij die gelegenheid wees het HvJ erop dat concurrenten die bij de vergunningprocedure betrokken zijn bijvoorbeeld belangrijke beslissingen proberen te vertragen, buitensporige beperkingen voorstellen of de beschikking krijgen over concurrentiegevoelige informatie.

Ook is duidelijk, zoals uitdrukkelijk in deze bepaling aangegeven, dat artikel 14, lid 6, beroepsorden en -verenigingen of andere organisaties niet verbiedt om te besluiten over individuele aanvragen wanneer deze beroepsorden zelf als bevoegde instanties optreden, zoals soms het geval is met de beroepsorden van de gereglementeerde beroepen.”³

Luidens artikel 2, lid 2, d), van de Dienstenrichtlijn is ze echter niet van toepassing op “diensten op het gebied van vervoer, met inbegrip van havendiensten, die onder de werkingssfeer van titel V van het EG-Verdrag vallen”⁴. Hiertoe moet ook het beheer van tunnels worden gerekend.⁵

5.3. Het voorgaande neemt niet weg dat, teneinde de vrije en eerlijke mededinging tussen ondernemingen te waarborgen, erop moet worden toegezien dat het gegeven dat de Belgische Vereniging voor Ondergrondse Technieken en Stedenbouw een effectieve vertegenwoordiger en een plaatsvervanger telt in het bestuursorgaan, er niet toe leidt dat leden van die vereniging die als concurrerende marktdeelnemers zouden kunnen worden beschouwd onrechtstreeks worden betrokken bij het nemen van beslissingen door het bestuursorgaan in individuele gevallen, bijvoorbeeld bij de aanwijzing van de tunnelbeheerder.⁶

Gevraagd hoe dit zal worden gewaarborgd, antwoordde de gemachtigde:

“Met deze bezorgdheid is rekening gehouden bij de totstandkoming van de nieuwe samenstelling van het bestuursorgaan.

Het bestuursorgaan is zo samengesteld dat het vanuit verschillende invalshoeken eenzelfde problematiek kan beschouwen. BVOTS is een belangrijke speler in het Vlaamse tunnellandschap en biedt een waardevol en uniek perspectief samen met relatief zeldzame expertise die bijdragen tot de grondige en geïnformeerde beoordeling van de dossiers.

De leden van het bestuursorgaan dienen zich te houden aan het huishoudelijk reglement. Dit reglement bevat een clausule inzake de geheimhouding van de informatie (die aan de leden van het bestuursorgaan wordt overgemaakt) alsook inzake eventuele belangenconflicten:

11. Vertrouwelijkheid – discretie

De leden van het bestuursorgaan, hun respectievelijke vervangers en het secretariaat verbinden zich ertoe:

- Elke inlichting, mondeling of schriftelijk, waarvan ze kennis hebben genomen tijdens of naar aanleiding van een vergadering van het bestuursorgaan en die niet openbaar bekend is, strikt vertrouwelijk te behandelen. De leden van het bestuursorgaan kunnen binnen hun organisatie, in beperkte kring, intern over deze vertrouwelijke informatie communiceren op voorwaarde dat ook binnen de organisatie de vertrouwelijkheid van de informatie wordt gerespecteerd. A fortiori wordt geen informatie

³ Europese Commissie, *Handboek voor de implementatie van de Dienstenrichtlijn*, 2007, 32-33.

⁴ Thans titel VI van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

⁵ Richtlijn 2004/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 ‘inzake minimumveiligheidseisen voor tunnels in het trans-Europese wegennet’ vindt rechtsgrond in wat thans artikel 91 van het VWEU is.

⁶ Luidens artikel 7, eerste lid, van het decreet van 1 juni 2007 wijst het bestuursorgaan voor elke tunnel op het grondgebied van het Vlaamse Gewest die onder de toepassing van dit decreet valt, het openbare of particuliere lichaam aan dat als tunnelbeheerder verantwoordelijk is voor het beheer van de tunnel.

verstrekt aan de media, aan andere overheidsorganisaties en aan niet-leden van hun organisatie.

- De verkregen informatie op een correcte en objectieve manier toe te passen en na te volgen.

12. Belangenconflicten

Mocht er op een gegeven moment een belangenconflict aan de orde zijn, dan moet de betrokken persoon zichzelf wraken en aldus niet deelnemen aan beraadslagingen van het bestuursorgaan voor alle beslissingen waar er sprake kan zijn van conflicterende belangen.

Belangenconflicten dienen tijdig en spontaan door de leden aan de voorzitter of de secretaris van het bestuursorgaan worden gemeld.

Het bestuursorgaan is niet bevoegd om beslissingen te nemen inzake de plaatsing van een overheidsopdracht. Het bestuursorgaan speelt wel een rol bij het toezicht op de goede uitvoering van een overheidsopdracht, maar dan nog is het geenszins zeker dat het bestuursorgaan rechtstreeks bij de opdrachtnemer mag tussenkomen. Het bestuursorgaan verleent eerder adviezen en instructies aan de aanbestedende overheid die daar vervolgens mee aan de slag moet gaan.

Mocht zich uitzonderlijk toch een geval van belangenconflict voordoen, kan dit probleem worden vermeden doordat de (plaatsvervangende) vertegenwoordiger zich laat wraken en aldus zich onttrekt aan eventuele procedures waarbij zijn onpartijdigheid mogelijks in het gedrang is.”

Er moet evenwel worden vastgesteld dat uit het aangehaalde huishoudelijk reglement voortvloeit dat de vertegenwoordiger van de Belgische Vereniging voor Ondergrondse Technieken en Stedenbouw in het bestuursorgaan met de leden van die vereniging kan communiceren over de vertrouwelijke informatie die hij als lid van dat orgaan heeft verkregen. Zelfs al moeten die leden de vertrouwelijkheid van de informatie respecteren, valt niet uit te sluiten dat het gegeven dat ze over die informatie kunnen beschikken, hen een concurrentieel voordeel oplevert, al was het maar omdat ze vroeger dan andere marktdeelnemers over die informatie kunnen beschikken.⁷

Bijgevolg zal het vertrouwelijkheidsvereiste moeten worden aangescherpt of zal van de vertegenwoordiging van de Belgische Vereniging voor Ondergrondse Technieken en Stedenbouw moeten worden afgezien. Indien die vertegenwoordiging wordt behouden moet er bovendien op worden toegezien dat de effectieve vertegenwoordiger of diens plaatsvervanger van die vereniging niet deelneemt aan beslissingen in individuele gevallen die betrekking hebben op een aangelegenheid waarvoor de leden van die vereniging als concurrerende marktdeelnemers zouden kunnen worden beschouwd.

⁷ Zo moet het bestuursorgaan onder meer de veiligheidsdocumentatie voor een tunnel in de ontwerpfase goedkeuren (artikel 11, derde lid, van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 november 2007). Die documentatie omvat onder meer een beschrijving van de geplande constructie en de toegang daartoe, samen met de plannen die noodzakelijk zijn om inzicht te verschaffen in het ontwerp en de verwachte wijze van exploitatie (artikel 14, § 3, van het besluit van de Vlaamse Regering van 23 november 2007). Bijgevolg zouden de leden van de Belgische Vereniging voor Ondergrondse Technieken en Stedenbouw, die mogelijkerwijs zullen deelnemen aan een overheidsopdracht voor de bouw van de constructie in kwestie, in een vroeg stadium inzicht kunnen krijgen in de plannen voor de bouw van een tunnel.

Slotopmerking

6. Er moet aan het ontwerp een artikel worden toegevoegd waarin wordt bepaald dat het een gedeeltelijke omzetting is van richtlijn 2004/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 ‘inzake minimumveiligheidseisen voor tunnels in het trans-Europese wegennet’.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

Astrid TRUYENS

Wilfried VAN VAERENBERGH