

Rolnummer 5150
Arrest nr. 68/2012 van 31 mei 2012

A R R E S T

In zake : het beroep tot vernietiging van de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 25 november 2010 tot regeling van de uitbating van een openbaar geautomatiseerd fietsverhuursysteem, ingesteld door de nv « Clear Channel Belgium ».

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Moerman, E. Derycke en P. Nihoul, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* * *

I. Onderwerp van het beroep en rechtspleging

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 27 mei 2011 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 30 mei 2011, heeft de nv « Clear Channel Belgium », met maatschappelijke zetel te 1050 Brussel, Pleinlaan 5, beroep tot vernietiging ingesteld van de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 25 november 2010 tot regeling van de uitbating van een openbaar geautomatiseerd fietsverhuursysteem (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 7 december 2010).

Memories zijn ingediend door :

- de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité », waarvan de maatschappelijke zetel is gevestigd te 1000 Brussel, Groendreef 50;
- de Brusselse Hoofdstedelijke Regering.

De verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité » en de Brusselse Hoofdstedelijke Regering hebben ook memories van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 8 mei 2012 :

- zijn verschenen :
 - . Mr. P. de Bandt, advocaat bij de balie te Brussel, voor de verzoekende partij;
 - . Mr. B. Cambier en Mr. A. Paternostre, advocaten bij de balie te Brussel, voor de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité »;
 - . Mr. V. Schalenbourg *loco* Mr. S. Van Geeteruyen, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Brusselse Hoofdstedelijke Regering;
- hebben de rechters-verslaggevers P. Nihoul en E. De Groot verslag uitgebracht;
- zijn de voornoemde advocaten gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *In rechte*

- A -

Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het beroep

A.1.1. De nv « Clear Channel Belgium », verzoekende partij, zet uiteen dat zij actief is in de reclamesector, voornamelijk op het gebied van het aanplakken van buitenreclame, en dat zij onder meer een activiteit uitoefent die bestaat in het leveren, plaatsen en exploiteren van stadsmeubilair en die betrekking heeft op de exploitatie van reclamedragers die op dat meubilair zijn aangebracht. Zij voegt daaraan toe dat de groep waartoe zij behoort ook actief is op de markt van het leveren en beheren van zelfbedieningsnetwerken van fietsen. Zij doet gelden dat zij de voornaamste concurrent is, van de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité » aan wie de exploitatie van de fietsverhuurdienst te Brussel is toegewezen. Zij is van oordeel dat zij een rechtstreeks en persoonlijk belang heeft bij het vorderen van de vernietiging van de ordonnantie van 25 november 2010 tot regeling van de uitbating van een openbaar geautomatiseerd fietsverhuursysteem, die haar situatie zowel op de markt van het leveren en beheren van zelfbedieningsnetwerken van fietsen als op de markt van de buitenreclame ongunstig raakt.

A.1.2. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering betwist het belang van de verzoekende partij. Zij doet gelden dat zij noch rechtstreeks, noch onrechtstreeks door de bestreden ordonnantie wordt geraakt, aangezien de ongunstige gevolgen waarop zij zich beroept, enkel voortvloeien uit de beslissing van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 november 2008 waarbij de concessie van openbare dienst aan een van haar concurrenten is toegewezen.

Volgens de Brusselse Hoofdstedelijke Regering regelt de bestreden ordonnantie niet de reclamesector waarin de verzoekende partij actief is, zodat het doel van de bestreden ordonnantie en het maatschappelijk doel van de verzoekende partij geen enkel verband vertonen. Bovendien doet de Brusselse Hoofdstedelijke Regering gelden dat, zelfs indien de verzoekende partij de vernietiging van de bestreden ordonnantie zou verkrijgen, haar eigen situatie daardoor niet zou worden gewijzigd aangezien de beslissing van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 november 2008 niet meer kan worden aangevochten.

A.1.3. De nv « J.C. Decaux Belgium Publicité », tussenkomen partij, stelt dat de bestreden ordonnantie, aangezien zij erin voorziet dat de concessie aan een private onderneming kan worden toegewezen, niet verhindert dat de verzoekende partij zich kandidaat stelt om ze te verkrijgen en dat haar situatie bijgevolg niet rechtstreeks en ongunstig wordt geraakt. Zij merkt ook op dat de verzoekende partij, binnen een consortium, zelf een offerte heeft ingediend waarin het fietsverhuursysteem werd gefinancierd door de exploitatie van reclamepanelen en dat zij, nadat zij een beroep tot schorsing bij uiterste dringende noodzakelijkheid heeft verloren dat was gericht tegen de toewijzing van de concessie aan de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité », geen beroep tot nietigverklaring tegen die beslissing heeft ingesteld. De tussenkomen partij voegt daaraan toe dat het feit dat de in concessie gegeven activiteit nog geen openbare dienst was bij de toewijzing van de overeenkomst en dat het voorwerp van de concessie *a posteriori* als een openbare dienst is opgericht, geen weerslag heeft op de situatie van de verzoekende partij.

A.1.4. In haar memorie van antwoord doet de verzoekende partij gelden dat haar maatschappelijk doel rechtstreeks wordt geraakt door de bestreden ordonnantie en dat zij, aangezien het doel ervan erin bestaat de onwettige situatie te regulariseren waarin een van haar concurrenten zich bevindt, rechtstreeks en ongunstig wordt geraakt.

Steunend op de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ, 6 mei 2010, C-145/08 en C-149/08, *Club Hotel Loutraki e.a.*), is de verzoekende partij van mening dat zij steeds de mogelijkheid heeft om de regelmatigheid van de beslissing tot toewijzing van de concessie te betwisten bij het Grondwettelijk Hof of in het kader van een herstellvordering die moet worden ingesteld bij de hoven en rechtbanken van de rechterlijke orde. Zij is bijgevolg van oordeel dat het feit dat zij bij de Raad van State geen beroep tot nietigverklaring van de concessie heeft ingesteld, geen weerslag heeft op haar belang bij het onderhavige beroep.

A.1.5. In haar memorie van wederantwoord beklemtoont de Brusselse Hoofdstedelijke Regering dat de herstellvordering bij de hoven en rechtbanken waarnaar de verzoekende partij verwijst, hypothetisch is en niet volstaat om haar belang bij het onderhavige beroep te bewijzen.

A.1.6. De nv « J.C. Decaux Belgium Publicité » repliceert dat de bestreden ordonnantie geenszins aan de oorsprong ligt van het nadeel waarop de verzoekende partij zich beroept en dat zij niet belemmert dat die partij een herstelvordering bij de hoven en rechtbanken instelt indien zij zou menen dat de toekenning van de concessie aan haar concurrent uit een onregelmatige beslissing voortvloeit.

Ten gronde

Met betrekking tot het eerste middel

A.2. De verzoekende partij leidt een eerste middel af uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen, enerzijds, met artikel 5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna : de wet op de overheidsopdrachten) en de artikelen 1, lid 2, a) en d), en 1, lid 4, van de richtlijn 2004/18/EG en, anderzijds, met artikel 6, § 1, VI, vierde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, alsook, in meer ondergeschikte orde, met het rechtszekerheidsbeginsel.

In dat eerste middel wordt aangeklaagd dat de bestreden ordonnantie de concessie voor het exploiteren van de geautomatiseerde fietsverhuurdienst die zij wenst geldig te verklaren, aanmerkt als een concessie van openbare dienst terwijl het volgens de verzoekende partij om een overheidsopdracht voor diensten gaat.

A.3.1. In het eerste onderdeel van dat eerste middel is de verzoekende partij, die het advies aanhaalt dat door de afdeling wetgeving van de Raad van State over het voorontwerp van ordonnantie is gewezen, van mening dat de reglementering betreffende de overheidsopdrachten is geschonden.

De verzoekende partij onderstreept dat de vraag of een overeenkomst een overheidsopdracht of een concessie van openbare dienst uitmaakt, niet afhangt van de kwalificatie die de auteur ervan eraan geeft, maar van criteria waarin in de richtlijn 2004/18/EG is voorzien, meer in het bijzonder in artikel 1, lid 2, a) en d), en lid 4, ervan, en in artikel 5 van de wet op de overheidsopdrachten. Krachtens artikel 17 van de richtlijn 2004/18/EG wordt de concessie van openbare dienst niet onderworpen aan de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten, die van openbare orde zijn.

A.3.2. De verzoekende partij zet uiteen dat twee elementen een concessieovereenkomst voor diensten kenmerken : enerzijds bestaat de bezoldiging in beginsel uit het recht om de beoogde dienst economisch te exploiteren, hetgeen meestal aanleiding geeft tot de betaling van een vergoeding door de gebruikers van die dienst, en, anderzijds, houdt de concessieovereenkomst de overdracht in van het operationele risico dat voortvloeit uit de exploitatie van de dienst in kwestie ten aanzien van de concessiehouder.

Zij is van oordeel dat de Brusselse gewestwetgever, door zich niet ervan te hebben vergewist dat die voorwaarden vervuld zijn in het kader van de beoogde openbare dienst, zijn motiverings- en zorgvuldigheidsverplichtingen en het rechtszekerheidsbeginsel niet is nagekomen en dat hij aan de in het geding zijnde concessie een kwalificatie heeft verleend die niet met de werkelijkheid overeenstemt.

A.3.3. De verzoekende partij voert aan dat artikel 2 van de bestreden ordonnantie voorbijgaat aan de kenmerken van een concessie van openbare dienst, hoofdzakelijk wegens de in aanmerking genomen wijze van bezoldiging. De bestreden ordonnantie beperkt zich ertoe te vereisen dat het geautomatiseerde fietsverhuursysteem « minstens ten dele » moet worden gefinancierd door een vergoeding die wordt verhaald op de gebruikers van die dienst, terwijl, opdat het systeem als een concessie kan worden aangemerkt, de financiering hoofdzakelijk zou moeten voortvloeien uit de exploitatie van de in concessie gegeven dienst, met andere woorden in de eerste plaats zou moeten worden aangerekend aan de gebruikers van de betrokken dienst.

Volgens de verzoekende partij moet de terbeschikkingstelling van fietsen worden beschouwd als een dienstverlening onder bezwarende titel, aangezien de essentie van de financiering afkomstig is van de reclame-inkomsten van de inrichtingen die in het kader van de in het geding zijnde concessie zijn geïnstalleerd. Ook al bestaat de tegenprestatie niet in geld, de verzoekende partij beklemtoont dat de bezoldiging *in natura* gebeurt door de toekenning, aan de concessiehouder, van het exclusieve recht om reclame-inrichtingen te installeren en te exploiteren op het gehele grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest terwijl het om een onderscheiden activiteit gaat die geen verband houdt met de in concessie gegeven openbare dienst. Bovendien biedt het Gewest de medecontractant in dat kader de mogelijkheid om zijn openbaar domein gratis te bezetten en

verbindt het zich ertoe de gemeentelasten te neutraliseren die in beginsel zowel wegens de exploitatie van de in concessie gegeven openbare dienst als wegens de reclameactiviteit van toepassing zijn.

A.3.4. Daarenboven stelt de verzoekende partij vast dat de concessiehouder geen enkel significant risico draagt wegens de exploitatie van de openbare dienst, aangezien hij zeker is de inkomsten te genieten die voortvloeien uit de reclame-inrichtingen en die niet afhangen van de goede werking van de in concessie gegeven openbare dienst.

A.3.5. De verzoekende partij besluit dat de in het geding zijnde overeenkomst een overheidsopdracht voor diensten is, dat de reglementering betreffende de overheidsopdrachten, die van openbare orde is, in acht had moeten worden genomen en dat de toekenning van de concessie is aangetast door een onregelmatigheid die de bestreden ordonnantie niet kan dekken. Verwijzend naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en naar de tekst van de richtlijn 2004/18/EG, doet de verzoekende partij gelden dat de niet-inachtneming van de reglementering betreffende de overheidsopdrachten de schending van het in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet verankerde beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie met zich meebrengt.

A.4.1. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering is van mening dat de vier voorwaarden die bij de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie zijn vastgesteld om de concessie als een concessie van openbare dienst te kunnen aanmerken, zijn vervuld : de werkelijke persoon te wiens behoeve de openbare dienst wordt verleend, is niet de aanbestedende overheid maar wel de burger te wiens behoeve de dienst wordt verleend, de concessiehouder vervangt de aanbestedende overheid om een bijzondere dienst ten aanzien van het grote publiek te verlenen, *in casu* de terbeschikkingstelling van een vervoermiddel, de bezoldiging voor de concessiehouder wordt niet betaald door de aanbestedende overheid maar door de gebruiker van de dienst en de concessiehouder draagt het economische risico met betrekking tot de uitvoering en het beheer van de exploitatie van het geautomatiseerde fietsverhuursysteem.

A.4.2. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering verduidelijkt dat het door de concessiehouder gedragen risico, in het huidige economische klimaat in het algemeen en met betrekking tot de reclamemarkt in het bijzonder, reëel is en bijvoorbeeld gelegen kan zijn op het gebied van de inkomsten uit de reclame. Zij besluit daaruit dat de wet op de overheidsopdrachten en de richtlijn 2004/18/EG niet van toepassing zijn op de in het geding zijnde concessie.

A.5.1. De nv « J.C. Decaux Belgium Publicité » doet eerst gelden dat beide onderdelen van het middel onontvankelijk zijn aangezien de verzoekende partij niet uiteenzet in welk opzicht, noch tussen wie de ordonnantie van 25 november 2010 een discriminerend verschil in behandeling doet ontstaan.

A.5.2. In ondergeschikte orde brengt de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité » met betrekking tot het eerste onderdeel van het eerste middel in herinnering dat het onderscheid tussen een overheidsopdracht en een concessie van openbare dienst uitsluitend moet worden gemaakt in het licht van de in het Europese recht vastgestelde criteria, hoofdzakelijk door te bepalen wie het exploitatierisico van de overeenkomst draagt. Te dezen verklaart zij haar gehele bezoldiging van derden te ontvangen, zonder enig gewaarborgd inkomen te genieten, en dus het gehele exploitatierisico van de overeenkomst alleen te dragen.

A.5.3. De tussenkomende partij voegt daaraan toe dat de in het geding zijnde concessie beantwoordt aan de wetten van de openbare dienst, in het bijzonder aan de wet van de verandering en aan de dwingende vereisten inzake continuïteit van de dienst en gelijkheid van de gebruikers, hetgeen de concessie van openbare dienst kenmerkt.

A.6.1. Wat de ontvankelijkheid van het eerste middel betreft, antwoordt de verzoekende partij dat het rekening houdend met de aangevoerde bepalingen niet vereist is dat nader wordt gepreciseerd in welk opzicht een verschil in behandeling zou worden teweeggebracht tussen twee onderscheiden categorieën van personen, aangezien die categorieën vanzelfsprekend zijn.

A.6.2. Ten gronde doet de verzoekende partij gelden dat het begrip « concessie van openbare dienst » restrictief moet worden geïnterpreteerd aangezien het een uitzondering op de algemene regeling van de overheidsopdrachten betreft. Zij herhaalt dat het te dezen gaat om een overheidsopdracht voor diensten die niet als een concessie van openbare dienst kon worden aangemerkt zonder de door haar aangevoerde bepalingen te schenden. Zij voegt daaraan toe dat de bestreden ordonnantie een te vage en onduidelijke machtiging ten gunste van de uitvoerende macht bevat, hetgeen het rechtszekerheidsbeginsel schendt, en dat die ordonnantie, in zoverre zij ertoe strekt een reeds bestaande handeling te consolideren, de kwalificatie als concessie van openbare dienst

niet kan opleggen voor de toekenning van een opdracht waarvan de gewestwetgever moest weten dat zij in werkelijkheid alle kenmerken van een overheidsopdracht vertoont.

A.6.3. Wat het bezwarende karakter van de overeenkomst inzake de overheidsopdracht betreft, doet de verzoekende partij gelden dat de tegenprestatie van de aanbestedende overheid kan bestaan in een rechtstreekse of indirecte financiering. Te dezen meent zij dat de bijdrage van de gebruikers van het geautomatiseerde fietsverhuursysteem waarin als financiering van de in concessie gegeven openbare dienst is voorzien, veel beperkter is dan de reclame-inkomsten van de inrichtingen die in het kader van de concessie zijn geïnstalleerd. Zij besluit daaruit dat de concessiehouder wel degelijk indirect wordt bezoldigd door de aanbestedende overheid, die afziet van de bron van inkomsten die voortvloeien uit de reclame.

A.6.4. Wat de ontstentenis van een significant risico ten aanzien van de concessiehouder betreft, doet de verzoekende partij gelden dat de exploitatie van de reclame-inrichtingen de concessiehouder belangrijke inkomsten waarborgt die niet afhangen van de goede werking van de in concessie gegeven openbare dienst en dat de concessiehouder, gesteld dat de fietsverhuurdienst een mislukking is, over voldoende inkomsten beschikt om zijn kosten te dekken. Zij voegt daaraan toe dat, zelfs indien een risico zou bestaan, het betrekking zou hebben op de exploitatie van reclame-inrichtingen die geen verband houden met de in concessie gegeven dienst. De verzoekende partij erkent dat het Hof van Justitie van de Europese Unie aanvaardt dat een erg beperkte risico-overdracht volstaat om de in het geding zijnde voorwaarde te vervullen, maar zij beklemtoont dat de bezoldiging van de dienstverlener in dat geval uitsluitend van derden afkomstig moet zijn, *in casu* van de gebruikers van de dienst en niet van de aanbestedende overheid zelf.

A.7. In haar memorie van wederantwoord antwoordt de Brusselse Hoofdstedelijke Regering dat de concessie van openbare dienst niet wordt geconcipieerd als een uitzondering waarin bij de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten is voorzien. Zij voegt daaraan toe dat de minstens gedeeltelijke financiering door de gebruikers van het systeem in overeenstemming is met de kenmerken van een concessie van openbare dienst, maar niet met die van de overheidsopdrachten, waar de door de aanbestedende overheid gevraagde diensten enkel door die laatste worden vergoed.

A.8. In haar memorie van wederantwoord herhaalt de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité » dat de werkelijke inzet van het beroep betrekking heeft op de regelmatigheid van de in november 2008 gesloten overeenkomst en niet op de grondwettigheid van de ordonnantie.

De tussenkomen partij weerlegt de argumenten van de verzoekende partij door te oordelen, enerzijds, dat de concessie van openbare dienst die haar door het Gewest is toegewezen, niet als een overeenkomst onder bezwarende titel kan worden aangemerkt en, anderzijds, dat het exploitatierisico van de in concessie gegeven diensten niet op de concessiegevende overheid rust.

A.9. In het tweede onderdeel van het eerste middel doet de verzoekende partij gelden dat de Brusselse gewestwetgever, door de in het geding zijnde opdracht als een concessie van openbare dienst aan te merken terwijl zij alle kenmerken van een overheidsopdracht vertoont, in werkelijkheid is afgeweken van de criteria die ter zake door het Europese recht worden opgelegd en in het Belgische recht zijn omgezet bij de wet op de overheidsopdrachten, hetgeen hij niet kan doen zonder voorbij te gaan aan de in artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 verankerde exclusieve bevoegdheid van de federale overheid om de algemene regels inzake overheidsopdrachten vast te stellen. Zij verduidelijkt dat, hoewel de gewesten de beginselen van de wet van 24 december 1993 kunnen aanvullen om een aan hun behoeften aangepast beleid te voeren, zulks mogelijk is op voorwaarde dat zij niet ingaan tegen het door de federale overheid vastgestelde normatieve kader.

A.10. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering is van mening dat de gewestwetgever niet heeft gehandeld tegen het nationale of Europese normatieve kader, zodat hij op geen enkele wijze inbreuk heeft gemaakt op de federale bevoegdheden ter zake.

A.11. Volgens de nv « J.C. Decaux Belgium Publicité » heeft de Brusselse gewestwetgever geen inbreuk gemaakt op de bevoegdheden van de federale Staat aangezien de aangelegenheid van het vervoer is geregionaliseerd. Bovendien heeft de bestreden ordonnantie noch tot doel, noch tot gevolg dat de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten of de definitie van de opdrachten voor diensten worden gewijzigd, maar heeft zij enkel betrekking op een overeenkomst waarvan het onderwerp specifiek is.

A.12. In haar memorie van antwoord doet de verzoekende partij gelden dat, indien de theorie van de impliciete bevoegdheden in het onderhavige geval zou kunnen aangevoerd, niettemin zou moeten worden besloten dat een gedifferentieerde regeling met betrekking tot de aangelegenheid van de overheidsopdrachten ontoelaatbaar is.

A.13. In ondergeschikte orde vraagt de verzoekende partij het Hof om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie over het begrip « concessie van openbare dienst » in de zin van artikel 1, lid 4, van de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004.

A.14. Volgens de Brusselse Hoofdstedelijke Regering is de prejudiciële vraag geenszins nuttig, aangezien het Hof van Justitie van de Europese Unie reeds in een eerder arrest (HvJ, 21 juli 2005, C-231/03, *Coname*) erop heeft geantwoord.

Met betrekking tot het tweede middel

A.15. De verzoekende partij leidt een tweede middel af uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zelf in samenhang gelezen met de artikelen 49 en 102 van hetzelfde Verdrag.

De verzoekende partij is van mening dat de Brusselse gewestwetgever, zonder objectieve noodzaak en op onevenredige wijze, de Brusselse Hoofdstedelijke Regering met terugwerkende kracht ertoe heeft gemachtigd een exclusief recht toe te kennen voor een activiteit, de exploitatie van reclame-inrichtingen, die geen enkele band met de in concessie gegeven opdracht van openbare dienst vertoont, hetgeen een ongelijkheid tussen de concessiehouder en zijn concurrenten op de markt van de buitenreclame met zich meebrengt.

A.16.1. In het eerste onderdeel van dat tweede middel zet de verzoekende partij uiteen dat het exclusieve recht om de reclame-inrichtingen met betrekking tot de aan de concessiehouder toegekende concessie te exploiteren, voor elke speler die actief is op de markt van de buitenreclame, de mogelijkheid uitsluit om zijn klanten de betrokken reclameruimte aan te bieden, waarvan de handelswaarde uitzonderlijk is. De toekenning van dat exclusieve recht brengt volgens de verzoekende partij dus een beperking in de zin van artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie met zich mee en is niet toelaatbaar.

A.16.2. De verzoekende partij doet gelden dat de exclusieve rechten die zijn toegekend op de exploitatie van de reclame-inrichtingen met betrekking tot de concessie, op geen enkele objectieve noodzaak, noch op een dwingende reden van algemeen belang berusten. Zij beklemtoont dat, hoewel de activiteit die bestaat in het installeren en exploiteren van een geautomatiseerd fietsverhuursysteem als openbare dienst wordt opgericht, die welke bestaat in het installeren en exploiteren van reclame-inrichtingen een louter commerciële activiteit is, zodat beide activiteiten duidelijk onderscheiden zijn. Zij is van oordeel dat niets verantwoordt dat die twee onderscheiden activiteiten door eenzelfde concessie worden gedekt en dat het doel van algemeen belang waarop de oprichting en de exploitatie van de openbare dienst zijn gesteund, niet kan worden aangevoerd ter staving van de toekenning van exclusieve rechten voor de exploitatie van reclame-inrichtingen.

A.16.3. De verzoekende partij is van mening dat, zelfs indien de aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering verleende wetgevende machtiging om exclusieve rechten met betrekking tot de exploitatie van reclame-inrichtingen toe te kennen, noodzakelijk was voor de financiering van de openbare dienst, de machtiging en het exclusieve recht te dezen verder gaan dan wat noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

A.16.4. De verzoekende partij beklemtoont het gebrek aan een daadwerkelijke en doeltreffende controle van de impact van de concessie op de markt van de buitenreclame. Opdat de genomen maatregelen geen ongunstige gevolgen zouden hebben voor de economische activiteiten die de Regering wenst te regelen, had de controle betrekking moeten hebben op zowel de duur van het exclusieve recht als het aantal reclame-inrichtingen en de plaatsen ervan. De verzoekende partij is van mening dat de Brusselse gewestwetgever, door de controlemaatregelen te hebben veronachtzaamd, de discriminerende en nadelige gevolgen van het exclusieve recht op exploitatie van reclame-inrichtingen voor de vrijheid van vestiging en de mededinging heeft versterkt en bijgevolg de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 106, lid 1, en met artikel 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, heeft geschonden.

A.16.5. In het tweede onderdeel van dat tweede middel doet de verzoekende partij gelden dat de bestreden ordonnantie de Brusselse Hoofdstedelijke Regering op retroactieve wijze ertoe machtigt een exclusief recht over

te dragen met betrekking tot de exploitatie van de buitenreclame op reclame-inrichtingen met een erg grote waarde. Zij is van mening dat de toekenning van dat exclusieve recht, dat niet onontbeerlijk is voor de exploitatie van de in concessie gegeven openbare dienst, tot ontoelaatbare verstoringen van de mededinging leidt, aangezien de concessiehouder in een situatie wordt geplaatst waarin hij geneigd kan zijn misbruik te maken van de rechten die hem zijn verleend om zijn concurrenten op de markt van de buitenreclame uit te schakelen. Zij is van oordeel dat een dergelijk systeem klaarblijkelijk in strijd is met artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, in samenhang gelezen met artikel 102 van hetzelfde Verdrag.

A.16.6. In ondergeschikte orde en in geval van twijfel over de interpretatie van de betrokken bepalingen, vraagt de verzoekende partij het Hof om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

A.17. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering verwijst naar de interpretatieve mededeling van 29 april 2000 van de Europese Commissie over concessieovereenkomsten in het gemeenschapsrecht, waarin bepaalde voorwaarden worden uiteengezet waaraan het verlenen van een concessieovereenkomst van openbare dienst moet beantwoorden om in overeenstemming te zijn met de Europese verdragen. Zij stelt vast dat de bestreden ordonnantie beantwoordt aan het criterium van gelijke behandeling en ook het beginsel van transparantie, het beginsel van proportionaliteit en het beginsel van de bescherming van de rechten van particulieren in acht neemt. Zij besluit daaruit dat de bestreden ordonnantie zowel de Europeesrechtelijke bepalingen als de Europese rechtspraak in acht neemt en dat er dus geen aanleiding bestaat om de in ondergeschikte orde geformuleerde prejudiciële vraag tot interpretatie te stellen.

A.18.1. De nv «J.C. Decaux Belgium Publicité» is in hoofdorde van mening dat het middel onontvankelijk is in zoverre de verzoekende partij niet aangeeft welke de categorieën van personen zijn wier situatie moet worden vergeleken, noch waarom hun situatie discriminerend zou zijn.

A.18.2. In ondergeschikte orde doet de tussenkomenende partij gelden dat de ordonnantie zelf geen enkel exclusief recht aan de concessiehouder toekent voor de exploitatie van reclame-inrichtingen, zodat de kritiek van de verzoekende partij geen betrekking heeft op de bestreden ordonnantie. Zij merkt op dat de wijze van financiering voortvloeit uit een louter politieke opportuniteitskeuze van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering. Bovendien verleent de in het geding zijnde concessie enkel een exclusief recht in zoverre het noodzakelijk is voor de gedeeltelijke financiering van de overeenkomst, en de toekenning van een dergelijke exclusiviteit beantwoordt aan de vereisten van het gemeenschapsrecht.

A.19.1. De verzoekende partij antwoordt eerst dat het tweede middel, om redenen die identiek zijn aan die welke zij met betrekking tot het eerste middel heeft uiteengezet, eveneens ontvankelijk is.

A.19.2. Zij doet vervolgens gelden dat het loutere feit dat de financiering via reclame niet uitdrukkelijk in de bestreden ordonnantie wordt vermeld, niet kan verhullen dat daarin het reclamegedeelte van de concessie wordt bedoeld. Zij voegt daaraan toe dat de Brusselse gewestwetgever klaarblijkelijk de omstandigheid heeft willen regulariseren dat het grootste deel van de financiering in werkelijkheid afkomstig is van een activiteit die niet het minste verband met de betrokken openbare dienst vertoont.

Bovendien komt de verzoekende partij terug op het vage en onduidelijke karakter van de machtiging aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering. De officiële akte waarbij wordt toegestaan dat een opdracht van algemeen belang aan een onderneming wordt toevertrouwd, moet krachtens artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bepaalde vermeldingen bevatten. Een duidelijke en transparante voorafgaande basis voor de toekomstige berekening van de vergoeding is vereist, hetgeen te dezen niet het geval zou zijn.

A.20.1. In haar memorie van wederantwoord beweert de nv «J.C. Decaux Belgium Publicité», tussenkomenende partij, dat de bestreden ordonnantie het vrij verrichten van diensten of de vrijheid van vestiging van de onderdanen en/of ondernemingen van de verschillende lidstaten geenszins belemmert, aangezien zij zich beperkt tot het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest en aangezien niets de aanwezigheid in België van andere actoren op de reclamemarkt en/of op de markt van de fietsen in zelfbediening verhindert.

Steunend op artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, stelt de tussenkomenende partij vast dat de nationale overheden de exclusiviteit van het beheer en/of van de exploitatie van een dienst van algemeen belang aan een onderneming kunnen toekennen voor zover dat geen afbreuk doet aan de regels van de Verdragen, zonder enige precisering wat betreft de financiering van de diensten van algemeen belang. De tussenkomenende partij beklemtoont dat de lidstaten in dat opzicht over een grote bewegingsvrijheid

beschikken, zolang zij de regels van het Verdrag in acht nemen. Te dezen is de financiering van een openbare dienst door reclame niet verboden en daarvan wordt overigens in andere openbare diensten gebruik gemaakt.

A.20.2. De tussenkomenende partij voegt daaraan toe dat de ordonnantie vrij precies is, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert. Enkel het mandaat, de officiële akte die aan de onderneming het verlenen van een dienst van algemeen economisch belang toevertrouwt, moet meer preciseringen bevatten, hetgeen te dezen het geval is.

A.20.3. Met betrekking tot de inachtneming van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie is de tussenkomenende partij van mening dat geen enkel misbruik van machtspositie kan worden aangetoond. Het feit dat aan de concessiehouder, naast het exclusieve recht om een zelfbedieningssysteem van fietsen te exploiteren, het recht om een bepaald aantal reclamepanelen te exploiteren is toegekend, wordt verantwoord door een objectieve noodzaak in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, namelijk de noodzaak om de financiering van de betrokken openbare dienst te verzekeren.

Met betrekking tot het derde middel

A.21.1. De verzoekende partij leidt, in ondergeschikte orde, een derde middel af uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten, met het recht op gelijke jurisdictionele waarborgen voor allen en met het recht op een eerlijk proces, met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens alsook met het beginsel van de scheiding der machten en, in meer ondergeschikte orde, met het rechtszekerheidsbeginsel.

A.21.2. Volgens de verzoekende partij heeft de Brusselse gewestwetgever, door aan de bestreden ordonnantie een terugwerkende kracht te verlenen, een rechtssituatie waarover een geschil hangende was bij de Raad van State gewijzigd, teneinde de afloop van dat geschil in een bepaalde zin te beïnvloeden.

De verzoekende partij beklemtoont dat een beroep tot nietigverklaring dat door de gemeenten Schaarbeek en Etterbeek is ingesteld tegen de beslissing tot toekenning van de concessie, nog steeds hangende is bij de Raad van State. In het kader van dat beroep wordt een middel onderzocht dat is afgeleid uit het gebrek aan een wettelijke grondslag van de concessie.

Volgens de verzoekende partij blijkt uit de parlementaire voorbereiding van de bestreden ordonnantie dat de Brusselse gewestwetgever die onregelmatigheid heeft willen verhelpen, door de organisatie van een geautomatiseerd fietsverhuursysteem als openbare dienst op te richten en door de Regering ertoe te machtigen de exploitatie ervan in concessie te geven, dat alles *a posteriori* en met terugwerkende kracht. De verzoekende partij doet gelden dat de Brusselse gewestwetgever dus is opgetreden teneinde een hangend beroep te beïnvloeden.

A.21.3. In meer ondergeschikte orde is de handeling tot machtiging volgens de verzoekende partij ook te vaag en verduidelijkt niet voldoende de openbardienstverplichtingen met betrekking tot de dienst die als openbare dienst is opgericht, noch alle modaliteiten betreffende de organisatie en de werking ervan, terwijl het om een nieuwe openbare dienst gaat, hetgeen een voorafgaande machtiging van de gewestwetgever vereist.

A.22. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering wijst erop dat het derde middel van de verzoekende partij moet worden beperkt tot artikel 3 van de bestreden ordonnantie. Zij doet vervolgens gelden dat dat middel onontvankelijk is, aangezien de verzoekende partij geen enkel legitiem belang heeft om het aan te voeren. De retroactiviteit van de bestreden ordonnantie strekt ertoe terugwerkende kracht eraan te verlenen tot een datum vóór de publicatie van het bericht van overheidsopdracht waarmee het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest een oproep tot het indienen van blijken van belangstelling had gedaan, een oproep waarop de verzoekende partij overigens zelf was ingegaan.

De Brusselse Hoofdstedelijke Regering brengt in herinnering dat tegen de beslissing van 13 november 2008 tot toewijzing van de concessie geen beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State is ingesteld door de verzoekende partij, maar enkel een beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, en dat zij thans niet meer door de verzoekende partij kan worden aangevochten.

A.23.1. De nv «J.C. Decaux Belgium Publicité » is van mening dat het middel onontvankelijk is, aangezien de verzoekende partij nalaat te vermelden welke de categorieën van personen zijn wier situatie moet worden vergeleken of waarom hun situatie discriminerend is.

A.23.2. Volgens de tussenkomenende partij heeft de verzoekende partij evenmin belang bij het middel, aangezien zij geen partij is bij het in het verzoekschrift bedoelde beroep tot nietigverklaring, zich ervan heeft onthouden zelf een beroep tot nietigverklaring in te stellen en eveneens zich ervan heeft onthouden tussen te komen in het beroep dat door de gemeenten Schaarbeek en Etterbeek is ingesteld.

A.23.3. In ondergeschikte orde beklemtoont de tussenkomenende partij dat de retroactieve inwerkingtreding van de bestreden ordonnantie geen afbreuk doet aan de voorzienbaarheid van de wetten ten aanzien van de gemeenten en dat, zelfs indien die inwerkingtreding tot doel zou hebben een gebrek te dekken waardoor de concessie zou zijn aangetast, daaruit geen aantasting van het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten zou voortvloeien. De ordonnantie bevat overigens geen te ruime delegatie aan de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, temeer daar zij de beginselen vastlegt die door de concessie in acht moeten worden genomen.

A.24. Wat de ontvankelijkheid van het middel betreft, antwoordt de verzoekende partij door te verwijzen naar de argumenten die zij naar aanleiding van het onderzoek van de ontvankelijkheid van het eerste middel heeft geformuleerd. Zij voegt daaraan toe dat de verzoekende partijen, volgens de rechtspraak van het Hof, niet moeten doen blijken van een belang bij het middel, aangezien het beroep tot vernietiging ontvankelijk is.

A.25. In haar memorie van wederantwoord zet de Brusselse Hoofdstedelijke Regering uiteen dat het Hof aanvaardt dat het loutere bestaan van een beroep bij de Raad van State niet verhindert dat de onregelmatigheden waardoor de bestreden handeling zou kunnen zijn aangetast, kunnen worden hersteld nog vooraleer uitspraak is gedaan over dat beroep. Zij voegt daaraan toe dat de wetgevende macht op elk ogenblik, zelfs *a posteriori*, kan optreden om een concessie van openbare dienst toe te staan.

A.26. In haar memorie van wederantwoord is de nv «J.C. Decaux Belgium Publicité » van mening dat, zelfs indien de bestreden ordonnantie is aangenomen om een einde te maken aan de onregelmatigheid van de beslissing van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 november 2008, een dergelijke retroactieve machtiging toch regelmatig is, aangezien niets belet dat een activiteit die via een concessie van openbare dienst in concessie is gegeven, na de toewijzing van de concessie wordt bekrachtigd.

- B -

Ten aanzien van de bestreden ordonnantie

B.1.1. De verzoekende partij vordert de vernietiging van de ordonnantie van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest van 25 november 2010 tot regeling van de uitbating van een openbaar geautomatiseerd fietsverhuursysteem, die bepaalt :

« Artikel 1. Deze ordonnantie regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 39 van de Grondwet.

Art. 2. Er wordt een openbare dienst opgericht, die belast wordt met de organisatie van een geautomatiseerd fietsverhuursysteem ten behoeve van het personenvervoer op het volledige grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering werd gemachtigd de tijdelijke exploitatie van een geautomatiseerd

fietsverhuursysteem toe te kennen aan een of meerdere, privaatrechtelijke of publiekrechtelijke, rechtspersonen, onder de vorm van een concessie van openbaar nut.

Bij de aanwerving van de titularis van de concessie zoals vernoemd in het eerste lid, hierna de concessiehouder genaamd, zal de Regering rekening moeten houden met de regels van de vrije concurrentie.

De Regering en de concessiehouder sluiten een contract af, waarin de modaliteiten en de voorwaarden beschreven staan die ten grondslag liggen aan de exploitatie van de openbare dienst waarover sprake is in het eerste lid. De overeenkomst wordt afgesloten voor een maximale duur van 20 jaar. Ze verplicht de concessiehouder minimum tot de oprichting van een dienst zoals bepaald onder het eerste lid, zo nodig na een opstartfase, en vraagt eveneens een gewaarborgde opening van 7 dagen per week en 24 uur per dag op het gehele grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Tenslotte is het noodzakelijk dat de financiering van deze openbare dienst minstens ten dele afkomstig is van een vergoeding die verhaald wordt op de gebruikers van deze dienst.

De Regering evalueert jaarlijks de uitvoering van het contract. Zij bezorgt haar evaluatierapport jaarlijks aan het Parlement uiterlijk op 31 maart.

Art. 3. De bepalingen van deze ordonnantie treden in werking op 1 januari 2008 ».

B.1.2. Die ordonnantie « strekt [...] ertoe een openbare dienst op te richten die bestaat uit de organisatie van een geautomatiseerd fietsverhuursysteem voor personen [die zich willen verplaatsen] op het gehele grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest ». De Brusselse ordonnantiegever heeft geoordeeld dat, « gelet op de specifieke know-how die vereist is voor de uitbouw en de uitbating van voormelde openbare dienst en rekening houdend met de bekommernis om vervoer te organiseren tegen de geringste kostprijs voor de samenleving, [...] de Regering [diende] gemachtigd te worden om de exploitatie van de openbare dienst tijdelijk toe te vertrouwen aan een of meerdere particulieren (natuurlijke of rechtspersonen, concessiehouder(s) genoemd) onder de vorm van een concessie van openbare dienst » (*Parl. St.*, Brussels Hoofdstedelijk Parlement, 2009-2010, A-96/1, p. 2).

B.1.3. Vóór het aannemen van die ordonnantie had de Brusselse Hoofdstedelijke Regering in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een oproep tot het indienen van blijken van belangstelling gepubliceerd met het oog op het sluiten van een concessieovereenkomst betreffende de exploitatie van een openbaar geautomatiseerd fietsverhuursysteem. De Regering heeft drie kandidaturen ontvangen, waarvan er twee ontvankelijk werden verklaard, een die uitging van een consortium waarin de verzoekende partij was opgenomen en een andere van de tussenkomende partij voor het Hof. Na de offertes van de kandidaten te hebben

onderzocht en onderhandelingen te hebben gevoerd, heeft de Regering op 13 november 2008 beslist om de concessie toe te wijzen aan de tussenkomende partij in de onderhavige procedure (*Parl. St.*, Brussels Hoofdstedelijk Parlement, 2009-2010, A-96/2, p. 2). Het consortium waartoe de verzoekende partij behoorde, heeft tegen die beslissing een beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld bij de Raad van State, een beroep dat onontvankelijk werd geacht.

B.1.4. Bovendien is tegen de beslissing van 13 november 2008 door twee gemeenten een verzoekschrift tot nietigverklaring ingediend bij de Raad van State. Een van de middelen die in dat kader is aangevoerd, is afgeleid uit het gebrek aan een wettelijke basis voor het sluiten van de concessieovereenkomst van openbare dienst.

B.1.5. Het is « precies met het oog op de vrijwaring en verdere uitbreiding van dat fietsverhuursysteem » dat de Brusselse ordonnantiegever de bestreden ordonnantie heeft aangenomen (*ibid.*, p. 2).

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

B.2.1. De verzoekende partij is een handelsvennootschap die actief is in de reclamesector, voornamelijk op het gebied van het aanplakken van buitenreclame. Zij behoort tot een internationale groep die actief is op de markt van het leveren en beheren van zelfbedieningsnetwerken van fietsen.

B.2.2. In zoverre de verzoekende partij doet gelden dat de bestreden ordonnantie tot doel of tot gevolg heeft dat met terugwerkende kracht een wettelijke basis wordt verleend aan de concessie van een openbare dienst waarvoor zij binnen een consortium interesse had betoond en die is toegewezen aan een vennootschap die haar concurrent is, beschikt zij over een voldoende belang om de vernietiging ervan te vorderen.

In tegenstelling tot wat de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en de tussenkomende partij aanvoeren, vermag het Hof niet vooruit te lopen op de afloop van de procedures die de

verzoekende partij zou kunnen instellen in het geval waarin de bestreden ordonnantie door het Hof zou worden vernietigd.

B.2.3. Het beroep is ontvankelijk.

Ten gronde

Wat het eerste middel betreft

B.3.1. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met, in het eerste onderdeel van dat middel, artikel 5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en artikel 1, lid 2, a) en d), en lid 4, van de 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 en, in het tweede onderdeel van dat middel, artikel 6, § 1, VI, vierde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en het rechtszekerheidsbeginsel.

B.3.2. De verzoekende partij klaagt aan dat de bestreden ordonnantie een eerder door de Brusselse Regering toegekende opdracht die volgens haar alle kenmerken van een overheidsopdracht voor diensten vertoont, aanmerkt als een concessie van openbare dienst, zodat, enerzijds, de reglementering betreffende de overheidsopdrachten en, anderzijds, de bepalingen die aan de federale overheid de bevoegdheid toewijzen om de algemene regels inzake overheidsopdrachten vast te stellen, zouden zijn geschonden.

Het middel berust op het uitgangspunt volgens hetwelk de Brusselse ordonnantiegever, doordat hij de overeenkomst die hij de Regering op retroactieve wijze machtigt te sluiten als een « concessie van openbare dienst » aanmerkt, de gebreken van een eerder gesloten overeenkomst zou hebben gedekt die in werkelijkheid een overheidsopdracht voor diensten zou zijn die in strijd met de dwingende regels ter zake was geplaatst.

B.4. De Europese reglementering betreffende de overheidsopdrachten is niet van toepassing op de concessieovereenkomsten voor openbare diensten (artikel 17 van de voormelde richtlijn 2004/18/EG). Zoals de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft opgemerkt in het advies dat zij over het voorontwerp van ordonnantie heeft verleend :

« [is] de vraag of, in het kader van het gemeenschapsrecht, de overeenkomst die de regering bij het voorontwerp gemachtigd zou worden te sluiten een overheidsopdracht is voor aanneming van diensten, dan wel een concessie van openbare dienst, [...] evenwel niet afhankelijk van de benaming die de steller van het voorontwerp eraan geeft, maar van de criteria die worden gehanteerd in het gemeenschapsrecht en in de eerste plaats van de wijze waarop de dienstverlener wordt bezoldigd en waarop hij het financiële risico draagt dat verbonden is aan de exploitatie van de dienst die hem wordt toevertrouwd » (*Parl. St.*, Brussels Hoofdstedelijk Parlement, 2009-2010, A-96/1, p. 7).

B.5.1. Artikel 2, derde lid, van de bestreden ordonnantie bepaalt in dat verband dat « het noodzakelijk [is] dat de financiering van deze openbare dienst minstens ten dele afkomstig is van een vergoeding die verhaald wordt op de gebruikers van deze dienst ».

Die bepaling waarborgt op zich niet dat de overeenkomst die de Regering met toepassing van de ordonnantie is gemachtigd te sluiten, alle kenmerken van een concessie van openbare dienst vertoont.

De omstandigheid dat de bestreden ordonnantie weinig elementen bevat die het ten aanzien van de Europese reglementering inzake overheidsopdrachten mogelijk maken om de betrokken overeenkomst als een concessie van openbare dienst aan te merken, heeft niet tot gevolg dat de Brusselse ordonnantiegever de Regering ertoe heeft gemachtigd een overheidsopdracht voor diensten in strijd met die reglementering te plaatsen. Integendeel, door de overeenkomst als een « concessie van openbare dienst » aan te merken, legt de Brusselse ordonnantiegever de verplichting op de constitutieve voorwaarden van die overeenkomst in acht te nemen.

B.5.2. Bovendien kan uit het feit dat de overeenkomst met betrekking tot de exploitatie van het geautomatiseerde fietsverhuursysteem reeds was gesloten bij het aannemen van de bestreden ordonnantie, niet worden afgeleid dat de Brusselse ordonnantiegever zich de eventuele gebreken zou hebben toegeëigend die die overeenkomst aantasten of dat hij elke jurisdictionele controle op de overeenkomst zelf onmogelijk zou hebben gemaakt. Onder

voorbehoud van het middel dat is afgeleid uit de ontstentenis van een wettelijke basis op het ogenblik van de beslissing tot toewijzing van de overeenkomst, die hierna wordt onderzocht, staat de bestreden ordonnantie immers niet eraan in de weg dat de bevoegde rechter de grieven onderzoekt met betrekking tot de kwalificatie die aan de betrokken overeenkomst moet worden gegeven en dat hij, in voorkomend geval, gevolgen trekt uit een schending van de inzake overheidsopdrachten voor diensten geldende reglementering.

B.6. Het eerste middel is niet gegrond.

Wat het tweede middel betreft

B.7.1. Het tweede middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met artikel 106 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zelf in samenhang gelezen met de artikelen 49 en 102 van hetzelfde Verdrag.

B.7.2. De verzoekende partij klaagt aan dat de bestreden ordonnantie de Regering op retroactieve wijze ertoe machtigt een exclusief recht aan de concessiehouder toe te kennen voor een activiteit, namelijk de exploitatie van reclame-inrichtingen die de financiering van het geautomatiseerde fietsverhuursysteem mogelijk maakt, en die geen enkele band met de in concessie gegeven opdracht van openbare dienst vertoont. De ordonnantiegever zou bijgevolg de gelijkheid tussen de concessiehouder en zijn concurrenten in de reclamesector hebben verbroken.

B.8.1. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, machtigt de bestreden ordonnantie de Regering niet ertoe een exclusief recht te verlenen om reclame-inrichtingen op het grondgebied van het Brusselse Hoofdstedelijke Gewest te installeren en te exploiteren. Door zich ertoe te beperken erin te voorzien dat de financiering van het openbaar geautomatiseerd fietsverhuursysteem dat erbij wordt opgericht, minstens ten dele afkomstig moet zijn van een vergoeding die door de gebruikers wordt betaald, regelt de ordonnantie niet het deel van de financiering van de dienst dat niet door de vergoedingen van de gebruikers wordt verzekerd.

B.8.2. Daaruit volgt dat, in het geval waarin de in het middel bedoelde bepalingen zouden zijn geschonden, die schending niet zou voortvloeien uit de ordonnantie van 25 november 2010 maar, in voorkomend geval, wel uit de bewoordingen van de overeenkomst tussen de Brusselse Hoofdstedelijke Regering en de concessiehouder van het openbaar geautomatiseerd fietsverhuursysteem.

B.8.3. Uit het stilzwijgen van de bestreden ordonnantie over de wijze van financiering van het deel van de kostprijs van de openbare dienst dat niet door de gebruikers ten laste wordt genomen, kan niet worden afgeleid dat de ordonnantiegever de Regering ertoe zou hebben gemachtigd de Europese regelgeving inzake mededinging te schenden. Het komt de rechter die bevoegd is om kennis te nemen van eventuele beroepen met betrekking tot de geldigheid van de concessieovereenkomst van openbare dienst toe te onderzoeken of die in strijd is met die regelgeving.

B.9. Het tweede middel is niet gegrond.

Wat het derde middel betreft

B.10.1. Het derde middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met het beginsel van de niet-retroactiviteit van de wetten, met artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en met het beginsel van de scheiding der machten en het rechtszekerheidsbeginsel.

B.10.2. De verzoekende partij klaagt aan dat de bestreden ordonnantie met terugwerkende kracht afbreuk doet aan een hangend geschil voor de Raad van State teneinde dat geschil in een bepaalde zin te beïnvloeden. Zij verwijt die ordonnantie eveneens dat zij een te vage en onduidelijke machtiging aan de Regering bevat met betrekking tot de modaliteiten betreffende de organisatie en de werking van de dienst die als een openbare dienst is opgericht.

B.11.1. De Brusselse Hoofdstedelijke Regering en de tussenkomende partij werpen een exceptie van onontvankelijkheid van dat middel op. Zij zijn van oordeel dat de verzoekende partij geen enkel legitiem belang heeft om het aan te voeren.

B.11.2. Daar de verzoekende partij blijkt heeft gegeven van het vereiste belang om de vernietiging van de bestreden ordonnantie te vorderen, dient zij daarnaast geen blijkt te geven van een belang bij dat middel.

B.12. In zoverre zij op 1 januari 2008 in werking treedt, heeft de bestreden ordonnantie tot gevolg dat zij de Raad van State verhindert om zich tijdens het onderzoek van het hangende beroep dat is gericht tegen de beslissing van 13 november 2008 tot toewijzing van de in het geding zijnde concessie, uit te spreken over een middel dat is afgeleid uit de ontstentenis van een wettelijke machtiging op het ogenblik waarop de Brusselse Regering die beslissing heeft aangenomen. De bestreden ordonnantie heeft daarentegen niet tot gevolg dat zij afbreuk doet aan de bevoegdheid van de Raad van State om de andere grieven te onderzoeken die tegen die beslissing zouden kunnen worden geformuleerd.

B.13. De niet-retroactiviteit van wetten is een waarborg ter voorkoming van de rechtsonzekerheid. Die waarborg vereist dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht. De terugwerkende kracht kan enkel worden verantwoord wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang.

Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot doel heeft dat de afloop van een of meer jurisdictionele procedures in een bepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges worden verhindert zich uit te spreken over een welbepaalde rechtsvraag, vereist de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang het optreden van de wetgever verantwoorden, dat ten nadele van een categorie van burgers afbreuk doet aan de aan allen geboden jurisdictionele waarborgen.

B.14.1. Zoals blijkt uit de in B.1 aangehaalde parlementaire voorbereiding, heeft de Brusselse ordonnantiegever geoordeeld dat het noodzakelijk was de exploitatie van het

geautomatiseerde fietsverhuur, die hij onontbeerlijk achtte voor de uitvoering van zijn mobiliteitsbeleid in het Gewest, te vrijwaren en te consolideren. Aangezien de geldigheid van de toewijzing van de concessie in het geding wordt gebracht wegens het gebrek aan een wettelijke grondslag voor de concessie van openbare dienst, verantwoordt een dwingende reden van algemeen belang, namelijk de noodzaak om de aldus gecreëerde rechtsonzekerheid te verhelpen, het retroactieve optreden van de ordonnantiegever.

B.14.2. De ontstentenis van een wettelijke grondslag voor de beslissing van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 13 november 2008, die aan het licht is gekomen naar aanleiding van een beroep tot nietigverklaring dat bij de Raad van State is ingesteld, kan immers niet tot gevolg hebben dat de Brusselse ordonnantiegever zich in de onmogelijkheid bevindt om de rechtsonzekerheid te verhelpen die uit die ontstentenis is ontstaan.

Bovendien is de bestreden ordonnantie, ondanks het retroactieve karakter ervan, geen bron van rechtsonzekerheid voor de adressaten ervan. Het loutere bestaan van een beroep bij de Raad van State kan de wetgever niet verhinderen om de ongrondwettigheden te verhelpen die hij zou vaststellen nog vooraleer uitspraak over dat beroep wordt gedaan.

B.15. Ten slotte, wat het zogenaamd te vage of onduidelijke karakter van de door de ordonnantiegever aan de Regering verleende machtiging betreft, legt geen enkele bepaling aan de wetgever de verplichting op om de modaliteiten betreffende de organisatie en de werking van die dienst nauwkeurig te regelen wanneer hij de uitvoerende macht ertoe machtigt de exploitatie ervan in concessie te geven.

B.16. Het derde middel is niet gegrond.

Om die redenen,

het Hof

verwerpt het beroep.

Aldus uitgesproken in het Frans, het Nederlands en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 31 mei 2012.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse