

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 260.296 van 27 juni 2024
in de zaak A. 241.953/XII-9496**

In zake: de GmbH HECKLER & KOCH
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens
en Manon De Weser
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

Tussenkomende partij:

de NV FN HERSTAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 mei 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 26 april 2024 van de minister van Defensie tot ondertekening van de gemotiveerde gunningsbeslissing en sluiting van een multinationaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen [...]”; alsook de beslissing van de Ministerraad waarbij werd besloten tot goedkeuring van de gunningsbeslissing en tot sluiting van een multinationaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 mei 2024 heeft de nv FN Herstal gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De voormelde zaak wordt, met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, door een kamer met drie leden behandeld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juni 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en Manon De Weser, die verschijnen voor de verzoekende partij, luitenant-kolonel Maarten Kerckhofs en vaandrig-ter-zee Marie-Sofie Thiriaux, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Frank Judo en Ellen Deleersnyder, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 30 juni 2023 richt de algemene directie Material Resources, divisie Overheidsopdrachten, van het ministerie van Defensie een ‘Aanvraag Voorafgaandelijk Akkoord’ (AVA) tot de minister van Defensie, betreffende het

dossier gericht op de oprichting van een multinationaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen. Er wordt voorgesteld om op grond van artikel 346, lid 1, b), van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en artikel 25, 1°, b), van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011), toepassing te maken van de onderhandelings-procedure zonder bekendmaking waarbij enkel FN Herstal zal worden uitgenodigd.

Bij deze ‘Aanvraag Voorafgaandelijk Akkoord’ is als bijlage een ‘synthesenota dossier AVA’ gevoegd, eveneens bestemd voor de minister van Defensie.

3.2. Luidens de nota van de verwerende partij wil Defensie met dit dossier een multinationaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen oprichten, voor de duur van twintig jaar.

Zij stelt dat dit beoogde partnerschap meer is dan een overheidsopdracht, waarbij vooral gestreefd wordt naar de permanente verwezenlijking van een dubbele doelstelling: de operationaliteit garanderen, met name door de bevoorradingszekerheid en de strategische autonomie te behouden, en voldoen aan de toekomstige behoeften aan lichte bewapening en munitie, zowel kwantitatief als kwalitatief.

Met het oog op deze doelstellingen omvat het beoogde partnerschap vijf hoofdonderdelen, namelijk: het behoud van het patrimonium en preventief, correctief en evolutief onderhoud; het beheer van het patrimonium; “engineering, consulting en onderzoek & ontwikkeling”; huur van wapens of wapensystemen; en levering van munitie.

3.3. Op 11 juli 2023 geeft de inspecteur-generaal van Financiën geaccrediteerd bij Defensie een ongunstig advies. Op 14 juli 2023 geeft ook de inspecteur-generaal van Financiën geaccrediteerd bij de federale politie een ongunstig advies.

3.4. Met een brief van 29 september 2023 legt de minister van Defensie het dossier voor aan de staatssecretaris voor Begroting, met toepassing van artikel 6 van het koninklijk besluit van 20 mei 2022 ‘betreffende de administratieve, begrotings- en beheerscontrole’, en stelt zij, met toepassing van artikel 25 van dit koninklijk besluit, een beroep in tegen de voormelde ongunstige adviezen van de inspecteurs-generaal van Financiën van respectievelijk 11 en 14 juli 2023. Bijlage C bij deze brief bevat het gemotiveerd antwoord van de administratie van Defensie op de bezwaren van de inspectie van Financiën.

Op dezelfde datum legt de minister van Defensie dit dossier ook voor aan de Ministerraad.

Met een brief van 20 oktober 2023 deelt de staatssecretaris voor Begroting haar standpunt mee aan de minister van Defensie.

3.5. Met een brief van 9 november 2023 vraagt de verzoekende partij aan de minister van Defensie, naar aanleiding van berichten in de pers, om meer informatie te verstrekken omtrent het beoogde partnerschap en geeft zij aan ook interesse te hebben om deel te nemen aan een eventuele overheidsopdrachten-procedure.

3.6. Blijkens de notificatie van de Ministerraad van 17 november 2023 keurt de Ministerraad punt 9 ‘Voorstel van beslissing’ van de nota voor de Ministerraad van 16 november 2023 goed, luidens hetwelk aan de Ministerraad wordt gevraagd “om Defensie toe te laten het contract via een onderhandelings-procedure zonder bekendmaking (OPZB) te plaatsen voor Defensie. De Federale Politie kan nog beslissen om al dan niet aan het partnerschap deel te nemen. Voor het plaatsen van de overheidsopdracht zal daartoe worden overlegd met de Beleidsceel van de Minister van Binnenlandse Zaken.”

Vervolgens, eveneens op 17 november 2023, ondertekent de minister van Defensie, als bevoegde ordonnateur, de voornoemde ‘Aanvraag Voorafgaandelijk Akkoord’.

3.7. Bij arrest nr. 258.383 van 10 januari 2024 wordt de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld door de verzoekende partij tegen de twee voornoemde beslissingen van 17 november 2023 verworpen, bij gebrek aan een ernstig middel.

3.8. Op 16 januari 2024 dient de verzoekende partij een beroep tot nietigverklaring tegen deze twee beslissingen in.

Deze zaak, bekend onder rolnummer A. 240.651/XII-9432, is nog hangende.

3.9. Op 12 april 2024 ondertekent de nv FN Herstal, na onderhandelingen met de verwerende partij, een eerste versie van het contract MRMP-S/P Nr. 23SP001, dat vooraf door de verwerende partij is opgesteld. Dit contract geldt als de “materialisering” van de offerte van de nv FN Herstal.

3.10. Op 16 april 2024 stelt de voornoemde divisie Overheidsopdrachten een gunningsverslag op, bestemd voor de minister van Defensie.

In die versie van het gunningsverslag zijn twee scenario's uitgeschreven, waarbij scenario 1 voorziet in een partnerschap tussen de nv FN Herstal en Defensie, en scenario 2 voorziet in een partnerschap tussen de nv FN Herstal en Defensie waarbij ook de geïntegreerde politie zou deelnemen.

Er wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv FN Herstal, met verwijzing naar artikel 25, 1°, b), van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 en artikel 115, 3°, van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’, luidens hetwelk een opdracht geplaatst via een onderhandelingsprocedure wordt gesloten door de ondertekening van een overeenkomst door de partijen.

3.11. Op 23 april 2024 geeft de inspecteur-generaal van Financiën geaccrediteerd bij Defensie een ongunstig advies.

Op 25 april 2024 geeft ook de inspecteur-generaal van Financiën geaccrediteerd bij de federale politie – om advies gevraagd gelet op het scenario 2 in het gunningsverslag – een ongunstig advies.

Met een brief van 26 april 2024 deelt de staatssecretaris voor Begroting aan de minister van Defensie mee dat zij het begrotingsakkoord niet kan geven.

3.12. Blijkens de notificatie van de Ministerraad van 26 april 2024 keurt de Ministerraad punt 9 ‘Voorstel van beslissing’ van de nota voor de Ministerraad goed, luidens hetwelk de Ministerraad Defensie machtigt “om het strategisch partnerschap met FN Herstal S.A. voor een totaal bedrag van 1.463.187.000 EUR incl. BTW te sluiten”, en de Ministerraad zich het recht voorbehoudt “om de aansluiting van de Geïntegreerde politie bij het strategisch partnerschap te overwegen, onder voorbehoud van juridisch overleg met het oog op een latere deelname”.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

Op 26 april 2024 neemt de minister van Defensie vervolgens een gemotiveerde gunningsbeslissing “betreffende de overheidsopdracht MRMP-S/P Nr. 23SP001 gericht op de inplaatsstelling van een multinational strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen op basis van artikel 346, § 1, b), [VWEU]”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

Deze beslissing werd toegevoegd aan het administratief dossier in de voornoemde zaak met rolnummer A. 240.651/XII-9432 en aan de verzoekende partij ter kennis gebracht met een e-mailbericht van 6 mei 2024.

De relevante overwegingen uit deze gunningsbeslissing luiden als volgt:

- “Ref.: 1. MRMP-S/P Contract nr. 23SP001
2. Document ‘De Belgische belangen op het vlak van Defensie en veiligheidsbeleid’ goedgekeurd door de Belgische regering op 28 oktober 2016
3. Interpretatieve mededeling over de toepassing van artikel 296 (vandaag, artikel 346) van het Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied van de Europese Commissie van 7 december 2006

1. Toepasselijke wetgeving en gevolgen van de implementatie

a. Artikel 346, § 1, b) VWEU

Artikel 346, § 1, b) VWEU bepaalt dat:

‘Elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de interne markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.’ De vermelde nationale essentiële veiligheidsbelangen (EVB) werden door de federale regering op 28 oktober 2016 vastgesteld (zie referte 2).

In dit verband is het nuttig om toe te voegen dat de Ministerraad door de goedkeuring van het dossier in het stadium van de aanvraag voorafgaandelijk akkoord (notificatie punt 15 van 17 november 2023), zowel de geldigheid van het gebruik van bovengenoemd artikel als het feit dat de uitvoering van dit partnerschap een noodzakelijke maatregel is om aan de geïdentificeerde Belgische EVB's te voldoen, heeft bevestigd.

b. Gevolgen van de implementatie

Zoals blijkt uit referte 3, leidt het gebruik van artikel 346 VWEU tot de niet-toepassing van de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten en, bij uitbreiding, tot de niet-toepassing van de nationale wetgeving tot omzetting ervan. Zo bepaalt artikel 15 van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied: ‘Deze wet geldt onverminderd de toepassing van de artikelen 36, 51, 52, 62 en 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie’.

Belangrijke opmerking: de aanpassing van artikel 15 door de wet van 17 juni 2016 inzake de overheidsopdrachten, die een lid 2, 4° invoegt dat bepaalt dat, wanneer artikel 346 VWEU van toepassing is, enkel titel 3/1 betreffende opdrachten die zijn uitgesloten op grond van essentiële veiligheidsbelangen of op basis van artikel 346 van toepassing is, is nog niet in werking [...] getreden.

c. **Rechtvaardiging**

Dit partnerschap wijzigt niet de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.

Bovendien voldoet dit partnerschap aan de volgende vier cumulatieve voorwaarden:

- (a) De aan te schaffen uitrusting wordt in de lijst 255/58 van de Raad van 15 april 1958 opgenomen (te beoordelen in combinatie met de gemeenschappelijke Europese Unie-lijst van militaire goederen, waarvan de laatste versie op 20 februari 2023 door de Raad was vastgesteld).
- (b) Er zijn essentiële veiligheidsbelangen (EVB) die de lidstaat wil beschermen (noodzakelijkheidsbeginsel), met name de oprichting van een stevige Belgische Defensie Technologische en Industriële Basis (BTIDB) en de versterking van de strategische autonomie in geval van een crisis of een conflict, belangen die veel verder gaan dan industriële en economische overwegingen. Dit wordt goedgekeurd door de Europese Commissie via referte 3. Ten slotte maakt dit partnerschap het ook mogelijk om België te positioneren als een relevante, betrouwbare en competitieve technologische partner in de ontwikkeling van Europese en trans-Atlantische capaciteiten.
- (c) Er is een verband tussen de bescherming van deze EVB en de voorgestelde overheidsopdracht, aangezien een nationale defensie-industrie essentieel is om de bevoorradingszekerheid en strategische autonomie van België in alle omstandigheden te garanderen. Dit specifieke geval is ook opgenomen in de Guidance Notice 'Security of Supply' van het Directoraat-generaal Interne Markt en Diensten (2010).
- (d) Het te bereiken doel kan met minder beperkende maatregelen niet worden bereikt (evenredigheidsbeginsel), aangezien deze EVB alleen kunnen worden bereikt door de locatie van de munitievoorraad en de productiefaciliteiten op het nationale grondgebied (zie hieronder). De niet-toepassing van Richtlijn 2009/81/EG is dan ook van essentieel belang voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen zoals gedefinieerd door de Belgische regering op 28 oktober 2016.

2. **Keuze van de aanbestedingsmethode**

Voor het huidige partnerschap wordt besloten om rechtstreeks met FN Herstal S.A. door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB) te [handelen].

Rechtvaardiging

Artikel 25, 1°, b) van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied bevestigt dat de overheidsopdrachten enkel mogen worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking doch, indien mogelijk,

na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners, enkel in zeer specifieke gevallen. Een daarvan is de verwijzing naar de uitzondering van artikel 346 VWEU.

Het gebruik van één enkele leverancier wordt gerechtvaardigd door het feit dat FN Herstal S.A. de enige Belgische fabrikant van wapens en munitie van klein kaliber is die aan alle vijf vlakken van het partnerschap kan voldoen, en dat alleen de locatie van de munitievoorraad en de productiefaciliteiten op het nationale grondgebied het mogelijk zou maken de essentiële veiligheidsbelangen die door de Federale regering op 28 oktober 2016, via referte 2, vastgesteld werden, te verwezenlijken. De strategische autonomie vereist dat België in geval van een conflict beperkende of dwingende maatregelen kan nemen om voorrang te geven aan de bestellingen van Defensie, wat onmogelijk zou zijn met een buitenlandse onderneming. Bovendien zou een buiten het nationale grondgebied gevestigde onderneming door de uitvoer- of overdrachtsregels van haar land verboden kunnen worden om uitrusting naar België uit te voeren of over te dragen, zelfs binnen de EU of de NAVO, aangezien de overdracht van militair materieel tussen lidstaten een nationale bevoegdheid blijft.

Hieraan moet worden toegevoegd dat artikel 25, 1°, b), van toepassing blijft zolang titel 3/1 van de wet van 13 augustus 2011 betreffende de op grond van essentiële veiligheidsbelangen of van artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie uitgesloten opdrachten niet in werking is getreden.

3. Specifieke modaliteiten

Er moet rekening worden gehouden met het volgende:

- Art 2, 4° van de voormelde wet van 13 augustus 2011: aankoopcentrale en opdrachtcentrale;
- Art 18, § 2, 6° van de voormelde wet van 13 augustus 2011: overheidsopdrachten gegund door een regering aan een andere regering.

4. Publicatie van de aankondiging van de opdracht

Niet van toepassing.

5. Inschrijver

FN Herstal S.A.

6. Analyse van de offerte die door het contract gematerialiseerd wordt

a. Preambule

Het onderhavige contract is niet het onderwerp van een bestek geweest.

Overeenkomstig artikel 115, 3° van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, kan een contract, dat via een onderhandelingsprocedure wordt gegund, door de ondertekening van een overeenkomst door de partijen worden gesloten.

Het onderhavige contract is dus het resultaat van opeenvolgende onderhandelingsfasen, enerzijds op basis van langdurige

voorbereidende werkzaamheden en anderzijds op basis van een contract dat eerder door de aanbestedende overheid was opgesteld en waarvan de eerste versie op 13 januari 2024 door FN Herstal S.A. was ontvangen.

Aan het einde van deze onderhandelingen heeft FN Herstal S.A. zich naar behoren verbonden door de ondertekening, ter goedkeuring, van het partnerschapscontract.

b. Selectie

(1) Uitsluitingscriteria (overeenkomstig het Koninklijk besluit van 23 januari 2023 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied)

(a) Analyse

[...]

(b) Gevraagde verduidelijkingen

Nihil.

(c) Conclusie

De inschrijver is niet uitgesloten.

(2) Conclusie over de selectie

De inschrijver is geselecteerd.

c. Regelmatigheid

(1) Formele regelmatigheid

(a) Analyse

[...]

(b) Conclusie

De offerte, die door het contract gematerialiseerd wordt, is formeel regelmatig.

(2) Materiële regelmatigheid

[...]

(3) Algemeen besluit over de regelmatigheid

De offerte, die door het contract gematerialiseerd wordt, is regelmatig en conform.

2. BAFO

FN Herstal S.A. heeft bevestigd dat de offerte gematerialiseerd door het contract haar beste eindbod voor de betrokken opdracht was.

3. Algemene conclusie

De offerte, die door het contract gematerialiseerd wordt, is regelmatig en conform.

7. Evaluatie van de offerte gematerialiseerd door het contract

a. Toegepaste methode

De offerte, regelmatig en conform, economisch aanvaardbaar.

b. Financiële analyse van de offerte

Er werd een grondige prijscontrole uitgevoerd door de ondersectie Financiële expertise (MRMP-G/E/F) van de Divisie Overheidsopdrachten van Defensie.

Op basis van het Protocol van Financieel Akkoord 2024 ging deze controle over de inventarissen bij het contract en de prijsherzieningsformules.

Dit heeft geresulteerd in het verslag van 16 april 2024 (dossier 24C-024-CL).

Op basis van dit verslag kan worden besloten dat de prijzen aanvaardbaar en marktconform zijn.

c. Algemene conclusie

De offerte, die door het contract gematerialiseerd wordt, van FN Herstal S.A. [...] is regelmatig, conform en economisch aanvaardbaar.

8. Nazicht van de persoonlijke toestand van de inschrijver die voor de gunning van de opdracht in aanmerking komt.

Het nazicht van de persoonlijke toestand van de inschrijver heeft uitgewezen dat de geleverde verklaring op eer correct is.

9. Slo[t]opmerkingen

a. Met betrekking tot de deelname van de Geïntegreerde politie

De Ministerraad behoudt zich het recht voor om de aansluiting van de Geïntegreerde politie bij het strategisch partnerschap te overwegen, onder voorbehoud van juridisch overleg met het oog op een latere deelname.

b. Met betrekking tot multinationale deelname

Zodra de besprekingen met elk van de beoogde partners, te weten de lidstaten van de Europese Unie en de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie, zijn afgerond, zullen ze leiden tot de sluiting van afzonderlijke Memoranda of Understanding die ter goedkeuring en ondertekening door de minister van Defensie worden voorgelegd.

10. Gemotiveerde gunningsbeslissing van de bevoegde ordonnateur

Gelet op het feit dat FN HERSTAL S.A. een conforme en economische aanvaardbare offerte, die door het contract gematerialiseerd wordt, heeft ingediend en er bijgevolg geen enkel bezwaar is om de opdracht met deze inschrijver te sluiten, beslis ik om, op basis van art. 25, 1°, b) van de wet van 13 augustus 2011 en art. 115, 3° van het koninklijk besluit van 23 januari 2012, de opdracht met deze inschrijver te sluiten; deze sluiting wordt geconcretiseerd door de ondertekening van het contract.”

3.13. Op 30 april 2024 ondertekent de nv FN Herstal een tweede versie van het contract. In deze versie zijn alle bepalingen aangaande een deelname van de geïntegreerde politie aan het partnerschap weggelaten.

3.14. Op 6 mei 2024 wordt ook een tweede versie van het gunningsverslag opgesteld. Ook daarin zijn alle beschouwingen in verband met een deelname van de geïntegreerde politie weggelaten.

IV. Tussenkomst

4. De nv FN Herstal blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Rechtspleging

5.1. De verzoekende partij dient daags vóór de terechtzitting een pleitnota in. Daarin wordt onder meer een nieuw middel aangevoerd.

5.2. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota als een processtuk neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het auditoraat. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre de pleitnota steunt op feiten die de verzoekende partij pas kon kennen door inzage van de stukken van het administratief dossier, kan ze bij de zaak worden betrokken. In zoverre de pleitnota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van het pleidooi ter zitting van de verzoekende partij, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met artikel 47 van de wet van 17 juni

2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

8. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 346, lid 1, b), VWEU, van “[h]et redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en voortvloeiend uit de toepassing van artikel 346, lid 1, b) VWEU”, samen gelezen met richtlijn 2009/43/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 betreffende de vereenvoudiging van de voorwaarden voor de overdracht van defensiegerelateerde producten binnen de Gemeenschap (hierna: richtlijn 2009/43/EG), met het Waals decreet van 21 juni 2012 ‘betreffende de invoer, uitvoer, doorvoer en overdracht van civiele wapens en van defensiegerelateerde producten’ (hierna: Waalse Wapenhandeldecreeet) en met het Vlaams decreet van 15 juni 2012 ‘betreffende de in-, uit-, doorvoer en overbrenging van defensiegerelateerde producten, ander voor militair gebruik dienstig materiaal, ordehandhavingsmateriaal, civiele vuurwapens, onderdelen en munitie’ (hierna: Vlaamse Wapenhandeldecreeet)”, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), en van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de verwerende partij ervoor opteert om aan de hand van de bestreden beslissingen een multinationalaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen te sluiten;

[...] Terwijl het inroepen van artikel 346, lid 1, b) VWEU aan strenge toepassingsvoorwaarden is onderworpen en de opdracht in kwestie deze voorwaarden niet vervult;

[...] En terwijl de beoogde opdracht meer bepaald de mededingingsverhouding op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden wijzigt, wat strijdig is met artikel 346, lid 1, (b) VWEU;

[...] En terwijl de opdracht niet gericht is op een wettig essentieel veiligheidsbelang in de zin van artikel 346, lid 1, b) VWEU;

[...] En terwijl de opdracht leidt tot een partnerschap dat ook verboden economische belangen dient;

[...] En terwijl het motief dat als grondslag dient voor de beoogde opdracht – meer bepaald een gevreesd verbod op export van wapens en munitie uit andere landen – op grond waarvan de verwerende partij de essentiële veiligheidsbelangen interpreteert, feitelijke en juridische grondslag mist;

[...] En terwijl de verwerende partij alleszins kennelijk onevenredig en buitenproportioneel handelt wanneer zij een alomvattend partnerschap voor het leveren van kleine wapens en munitie voor een periode van 20 jaar in zijn geheel aan de mededinging onttrekt;

[...] En terwijl alleszins uit de bestreden beslissingen niet de formele, pertinente en draagkrachtige motieven blijken die in het licht van bovenstaande elementen de beslissing ondersteunen;

[...] En terwijl het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur inhoudt dat de verwerende partij de bestreden beslissing dient te laten voorafgaan door een zorgvuldige feitenvinding en een zorgvuldig onderzoek naar de toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, b) VWEU.”

De verzoekende partij betoogt dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU, omdat, (1) de opdracht de mededingingsverhouding op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden wijzigt, wat verboden is, (2) de beoogde producten niet zonder meer betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal, en (3) het partnerschap geen essentiële veiligheidsbelangen beschermt, het niet noodzakelijk is ter bescherming van essentiële veiligheidsbelangen en het (ook) economische belangen dient, en (4) het te bereiken doel met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt (evenredigheidsbeginsel).

De verzoekende partij wijst erop dat de miskennis van slechts één van de genoemde voorwaarden er al toe leidt dat de bestreden beslissingen onwettig zijn.

Zij licht vooreerst in het algemeen de beginselen toe “waarop het middel steunt” en maakt daarna een “toepassing in casu”.

9. De verzoekende partij licht in het algemeen toe dat (A) artikel 346, lid 1, b), VWEU geen maatregelen toelaat die de mededingingsverhouding op de interne markt wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden. Volgens haar betreft dit een afzonderlijke toepassingsvoorwaarde van artikel 346, lid 1, b), VWEU, met verwijzing naar rechtsleer in de context van het staatssteunrecht. Het verlenen van staatssteun brengt altijd het risico met zich mee dat andere markten dan die waarvoor de steun bedoeld is, worden verstoord (zogenaamde spillovereffecten). De verzoekende partij stelt dat een lidstaat ervoor moet zorgen dat haar maatregel op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU de commerciële markt voor niet-specifiek militaire producten niet verstoort en alléén ten goede komt aan militaire materialen. Zij verwijst naar een arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 2013 (Ellinika Nafpigeia/Commissie, C-246/12 P, EU:C:2013:133, punt 21) luidens hetwelk een overheid zich niet kan beroepen op artikel 346, lid 1, b), VWEU “en vue de justifier que l’activité d’une entreprise produisant à la fois du matériel militaire et du matériel civil soit soustraite à l’application des règles de l’Union en matière d’aides d’État au motif que le soutien de l’activité à des fins civiles est nécessaire pour la pérennité de l’activité de production de matériel militaire et est indissociable de celle-ci” (door de verzoekende partij vrij vertaald: “om te rechtvaardigen dat de activiteit van een onderneming die zowel militair materieel als civiel materieel produceert, wordt vrijgesteld van de toepassing van de staatssteunregels van de Unie op grond dat de ondersteuning van de activiteit voor civiele doeleinden noodzakelijk is voor het voortbestaan van de activiteit van productie van militair materieel en daarmee onlosmakelijk is verbonden”).

Voorts licht de verzoekende partij algemeen toe dat (B) de maatregel betrekking moet hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal. Zij verwijst naar het ‘Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958’ dat verduidelijkt dat artikel 296, lid 1, b), EG-Verdrag (thans artikel 346, lid 1, b), VWEU) van toepassing kan zijn op de volgende wapens, munitie en oorlogsmaterieel: “1. Draagbare en automatische

vuurwapens, zoals geweren, karabijnen, revolvers, pistolen, hand- en andere mitrailleurs, met uitzondering van jachtwapens, pistolen en andere wapenen van licht kaliber, van een kaliber onder 7 mm [...]” Volgens de verzoekende partij kan er evenwel naar de “gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen” worden gekeken voor een moderne interpretatie van de bedoelde wapens, munitie en oorlogsmaterieel.

Ten slotte licht de verzoekende partij algemeen toe dat (C) de maatregel noodzakelijk moet zijn ter bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van de lidstaat (noodzakelijkheidsbeginsel), dat er een verband moet bestaan tussen de te beschermen wezenlijke veiligheidsbelangen en de voorgestelde maatregel en dat het te bereiken doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt (evenredigheidsbeginsel).

Dat de toepassing van de uitzonderingsgrond in artikel 346, lid 1, b), VWEU noodzakelijk moet zijn voor de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen blijkt uit artikel 25 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, en wordt bevestigd in de Interpretatieve Mededeling van de Commissie van de Europese Gemeenschappen van 7 december 2006 ‘over de toepassing van artikel 296 van het Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied’ [thans artikel 346 VWEU] (COM (2006)779) (hierna: Interpretatieve Mededeling van 7 december 2006) en de rechtspraak van het Hof van Justitie. Er moet een “gerechtvaardigde veronderstelling” van een bedreiging van de veiligheid kunnen worden aangeduid opdat er sprake kan zijn van een wezenlijk veiligheidsbelang in de zin van artikel 346, lid 1, b), VWEU. Het toepassingsgebied en de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel moeten restrictief worden geïnterpreteerd. Deze restrictieve interpretatie werd door het Europees Parlement bevestigd in zijn resolutie van 25 maart 2021 over de uitvoering van Richtlijn 2009/81/EG betreffende aanbestedingen op defensie- en veiligheidsgebied, en van Richtlijn 2009/43/EG betreffende de overdracht van defensiegerelateerde producten (hierna: resolutie van 25 maart 2021). Het Europees Parlement onderstreept daarin “dat het stelselmatige gebruik van de uitsluitingsbepalingen door de lidstaten, vooral van de uitsluitingsbepalingen in artikel 346 [VWEU], de volledige en correcte uitvoering van de richtlijn

betreffende aanbestedingen op defensiegebied zou kunnen ondermijnen”, en het herinnert “aan de interpretatierichtsnoeren van de Commissie met betrekking tot de voorwaarden waaronder artikel 346 VWEU kan worden ingeroepen bij overheidsopdrachten op defensiegebied, die erop gericht zijn mogelijk oneigenlijk gebruik, misbruik en onjuiste interpretatie van deze bepaling door de lidstaten te voorkomen”. Het Europees Parlement verzoekt de lidstaten zich strikt te houden aan de interpretatierichtsnoeren van de Commissie. De bewijslast ligt volgens de verzoekende partij bij de lidstaat die zich op de uitzondering beroept. De Interpretatieve Mededeling van 7 december 2006 bevestigt dat economische of industriële belangen de toepassing van de uitzondering in artikel 346 VWEU niet kunnen verantwoorden, dat een zorgvuldige afweging per opdracht vereist is en dat deze afweging geval per geval moet worden gemaakt.

De verzoekende partij stelt voorts dat de bestreden beslissingen in belangrijke mate zijn gesteund op de vrees dat in crisissituaties een ander land aan zijn nationale wapenfabrikanten zou kunnen verbieden om wapens of munitie naar België te exporteren. De verzoekende partij gaat in op het regelgevend kader in verband met een dergelijk mogelijk exportverbod binnen de Europese Unie, namelijk richtlijn 2009/43/EG, artikel 43, § 1, van het Vlaamse Wapenhandeldecreet en artikel 18 van het Waalse Wapenhandeldecreet. Richtlijn 2009/43/EG voorziet in de mogelijkheid voor de lidstaten om een door henzelf afgegeven overdrachtsvergunning in te trekken, te schorsen of het gebruik ervan te beperken, onder meer “ter bescherming van hun wezenlijke veiligheidsbelangen”. Het Waalse Gewest en het Vlaamse Gewest, die de betrokken bepaling in hun decreetgeving hebben omgezet, beschikken aldus over die bevoegdheid. Voor de uitoefening ervan is niet vereist dat zij voorafgaandelijk een partnerschap met de betrokken fabrikant of leverancier hebben gesloten.

10. Toegepast op de voorliggende zaak stelt de verzoekende partij in essentie dat aan geen enkele van de strikte toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, b), VWEU is voldaan, dat het te bereiken doel met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt, en dat de omvang van het partnerschap alleszins kennelijk buitenproportioneel is.

De Raad van State onderscheidt in dit verband vier onderdelen in het middel.

11. In wat als een *eerste onderdeel* kan worden beschouwd, stelt de verzoekende partij dat de beoogde opdracht de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden wijzigt.

Volgens de verzoekende partij bevestigt de verwerende partij het bestaan van deze afzonderlijke voorwaarde zelf door in de bestreden gunningsbeslissing daarnaar te verwijzen als volgt: “Dit partnerschap wijzigt niet de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.” Met deze ene zin motiveert de minister van Defensie evenwel op geen enkele wijze waarom die mededingingsverhoudingen niet worden gewijzigd. Deze zin bevat geen inhoudelijke motivering, maar vormt een loutere bewering, zodat de verwerende partij niet heeft voldaan aan de motiveringsplicht.

Uit alle aan de bestreden beslissingen voorgaande documenten blijkt volgens de verzoekende partij dat de verwerende partij de opdracht geheel niet aan deze voorwaarde heeft getoetst. Er is in die documenten immers telkens slechts sprake van vier andere toepassingsvoorwaarden van artikel 346 VWEU. De vaststelling alleen al dat de verwerende partij een toepassingsvoorwaarde van artikel 346, lid 1, b), VWEU naast zich neerlegt, volstaat om de schending van die bepaling samen met de zorgvuldigheidsplicht vast te stellen.

12. De verzoekende partij zet vervolgens uiteen dat het partnerschap de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor niet-specifiek militaire producten fundamenteel wijzigt, en dat deze wijziging is gelegen in drie elementen:

(1) Het partnerschap heeft betrekking op lichte wapens en munitie, materiaal dat ook door de geïntegreerde politie (en dus een civiele entiteit) kan worden gebruikt.

Ongeacht of de geïntegreerde politie deelneemt aan het partnerschap, werd in de voorbereiding van de besluitvorming al gewezen op de beoogde synergieën en compatibiliteit tussen Defensie en de geïntegreerde politie, wat aantoont dat het partnerschap betrekking heeft op militair materiaal dat zowel door militaire als civiele (politie)diensten kan worden gebruikt. De verzoekende partij verwijst hiervoor in het bijzonder naar bijlage C gevoegd bij het beroep van 29 september 2023 van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting tegen de ongunstige adviezen van de inspecteur-generaal van Financiën (hierna: bijlage C). Het is volgens de verzoekende partij niet mogelijk om de beoogde munitie en lichte wapens te beschouwen als “specifiek militaire producten”. De tussenkomende partij zal de voordelen en financiële steun die zij ontvangt uit het partnerschap met de Belgische overheid niet kunnen afzonderen van haar algemene bedrijvigheid. In de persberichten na de besluitvorming van 17 november 2023 bevestigen de tussenkomende partij en de minister van Defensie dat het partnerschap een bestaanszekerheid biedt aan de tussenkomende partij, alsook financiële ruimte om de productiecapaciteit op te drijven en zelfs een nieuwe productiesite te ontwikkelen. Op basis hiervan is de positie van de tussenkomende partij in de markt van lichte wapens en munitie, die zowel een civiel als militair publiek kan dienen, evident versterkt. Het valt dan ook niet te ontkennen dat de bestreden beslissingen een impact zullen hebben op de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor niet-specifiek militaire producten. Alleen al om deze reden staat de schending van artikel 346, lid 1, b), VWEU vast.

(2) Het partnerschap wordt gesloten tegen een te hoge en dus niet-marktconforme prijs, waarmee aan de tussenkomende partij een financieel voordeel wordt toegekend; het staat alleszins vast dat haar positie op de interne markt voor niet-specifiek militaire producten fundamenteel wordt versterkt.

Dit zou volgens de verzoekende partij blijken uit de negatieve adviezen van de inspecteurs van Financiën van 11 en 14 juli 2023 waarin melding wordt gemaakt van een “zeer aanzienlijke budgettaire impact”, en uit de synthesesnota bij de AVA van 30 juni 2023 en de voornoemde bijlage C, waarin wordt gesteld dat de prijs voor de munitie een belangrijke kost uitmaakt. Bovendien

blijkt dat de opdracht finaal tegen een nog veel hoger bedrag wordt gesloten dan oorspronkelijk geraamd (een surplus van 130.312.000 euro, btw inbegrepen).

De verzoekende partij vervolgt dat, minstens, de bestreden gunningsbeslissing geen draagkrachtige motieven bevat die aantonen dat het partnerschap wel tegen een marktconforme prijs werd gesloten. De loutere mededeling dat “een prijscontrole” werd uitgevoerd, dat akkoord werd gegaan met de inventarissen bij het contract en de prijsherzieningsformules, en dat een verslag werd opgesteld, kan niet rechtvaardigen dat de prijzen aanvaardbaar en marktconform zouden zijn. Er wordt op geen enkele manier toegelicht wat uit die controles of dat verslag is gebleken. Voor zover de gunningsbeslissing wordt gemotiveerd door verwijzing, is niet aan de voorwaarden voldaan om een motivering middels verwijzing te aanvaarden.

(3) Door andere EU-lidstaten te laten deelnemen aan het partnerschap, zal de mededingingsverhouding voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden niet alleen in België maar ook in de andere lidstaten wijzigen, zodat het probleem op dit vlak in de gehele Europese Unie kan doorwerken.

13. De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij minstens had moeten onderzoeken of de mededingingsverhoudingen op de interne markt worden gewijzigd voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden. De loutere stelling in de bestreden gunningsbeslissing van de minister van Defensie dat er geen wijziging op de markt optreedt, overtuigt niet van het tegendeel en is niet geloofwaardig. Zodoende staat naast de schending van artikel 346, lid 1, b), VWEU, ook de schending van de formele motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht vast.

14. In wat als een *tweede onderdeel* kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan dat het partnerschap geen betrekking heeft op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal.

Artikel 346, lid 1, b), VWEU kan enkel worden ingeroepen wanneer de gewenste maatregel betrekking heeft op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal. De verzoekende partij betwist de feitelijke juistheid van het motief dat de aan te schaffen materialen in overeenstemming zijn met de uitrusting opgesomd in het ‘Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958’ – te beoordelen in combinatie met de gemeenschappelijk EU-lijst van militaire goederen. Zij stelt dat zij niet beschikt over een volledig overzicht van het materiaal dat via dit partnerschap zal worden aangekocht en dan ook niet kan beoordelen of al het materiaal van die aard is dat het aan deze voorwaarde voldoet. Zij verzoekt de Raad van State om dit na te gaan.

15. In wat als een *derde onderdeel* kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan: “Het partnerschap is niet noodzakelijk ter bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen, noch bestaat er een verband tussen de te beschermen wezenlijke veiligheidsbelangen en het partnerschap.”

Zij voert daartoe drie elementen aan.

16. Ten eerste beschermt het partnerschap volgens de verzoekende partij geen essentiële veiligheidsbelangen zoals bedoeld in artikel 346, lid 1, b), VWEU.

In de nota ‘De Belgische belangen op het vlak van Defensie en veiligheidsbeleid’, die werd goedgekeurd door de Ministerraad op 28 oktober 2016 (hierna: nota van 2016), worden de Belgische essentiële veiligheidsbelangen gedefinieerd. Hoewel de nota erkent dat België de nodige bijdrage wil kunnen leveren aan een sterke Europese Defensie-Technologische en Industriële Basis (DTIB), wordt verduidelijkt dat België deze bijdrage op een complementaire wijze wenst te leveren (en dus niet door andere Europese marktspelers uit de markt te duwen).

16.1. Volgens de verzoekende partij is het beoogde partnerschap niet inpasbaar in het essentieel veiligheidsbelang zoals gedefinieerd in de nota van 2016, namelijk een sterke Europese DTIB. Gelet op de kwalificatie van een sterke

Europese DTIB als essentieel veiligheidsbelang, moet ook een doeltreffende toepassing van de richtlijnen betreffende aanbestedingen op defensiegebied als een essentieel veiligheidsbelang worden gezien. Een algemene toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU ondermijnt deze doeltreffende toepassing, zoals het Europees Parlement heeft bevestigd in zijn resolutie van 25 maart 2021. De verwerende partij interpreteert dit artikel namelijk zodanig ruim dat zij elke vorm van mededinging uitsluit en énkél met een Belgische onderneming wil onderhandelen, waardoor zij de basisbeginselen van de interne markt niet laat spelen. Hiermee wordt de uitbouw van een Europese defensie-industrie ondermijnd, terwijl dat net als een essentieel veiligheidsbelang werd gedefinieerd. De verwerende partij schendt hiermee de zorgvuldigheidsplicht, nu zij zonder een zorgvuldig onderzoek van de eigenlijke draagwijdte van het in de nota van 2016 vooropgestelde essentieel veiligheidsbelang, het partnerschap met toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU opzet.

16.2. De verwerende partij lijkt de focus alleen te leggen op de noodzaak om een nationale DTIB uit te bouwen, zonder de Europese context daarvan in overweging te nemen, die nochtans essentieel is. Nergens in de nota van 2016 wordt als uitgangspunt genomen dat de beoogde capaciteit alleen op basis van een samenwerking met een Belgische onderneming kan worden verkregen. Evenmin volgt uit de nota van 2016 dat de Belgische Staat geen wapens zal afnemen van partnerlanden, en dat een gebrek aan capaciteit zal worden opgelost door zodanig veel nationale steun te bieden dat zij haar internationale partners ondermijnt. Een gezonde mededinging draagt bij tot de nodige impulsen om een blijvende kwaliteitsverbetering aan te moedigen. Ook in die zin gaat het beoogde partnerschap net in tegen de veiligheidsbelangen die in de nota van 2016 zijn geïdentificeerd.

16.3. Het bestaan van de nota van 2016 heeft de verwerende partij er trouwens niet van weerhouden om vergelijkbare aankopen in mededinging te stellen. De noodzakelijkheid van het partnerschap is volgens de verwerende partij gelegen in de nood voor herbevoorradsingszekerheid, doch dit kan volgens de nota van 2016 worden verwezenlijkt op basis van samenwerking met internationale partners. Ook in de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 wordt in

de mogelijkheid voorzien om eisen te stellen in verband met bevoorradingszekerheid. Zo bepaalt artikel 24 ervan dat de gunningscriteria verband kunnen houden met de bevoorradingszekerheid. Artikel 39 van die wet voegt daaraan toe welke eisen in dat verband kunnen worden gesteld. In het licht van de formele motiveringsplicht moet worden aangetoond waarom de mogelijkheden voorzien in de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 op dit punt concreet ontoereikend zouden zijn, zodat enkel de toepassing van artikel 346 VWEU een oplossing zou kunnen bieden. De bestreden beslissingen bevatten geen dergelijke motieven, zodat ze de formele motiveringsplicht om die redenen alleen al schenden.

16.4. In de nota van 2016 wordt in verscheidene punten bevestigd dat de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU binnen de contouren van de essentiële veiligheidsbelangen “geval per geval” moet worden onderzocht. Deze benadering staat haaks op de in dit dossier gehanteerde werkwijze waarbij meteen een opdracht voor twintig jaar met een waarde van 1.463.187.000 euro aan één partij wordt toegewezen, zonder voorafgaande mededinging. De verwerende partij komt niet verder dan vast te stellen dat zij alle vijf de onderdelen van het partnerschap wil verwerven en dat alleen de tussenkomende partij deze onderdelen zou kunnen uitvoeren. Er wordt geen toelichting verschaft over de redenen waarom deze onderdelen zodanig met elkaar verbonden zijn dat ze niet afzonderlijk in de markt konden worden geplaatst.

Voor zover ter motivering van het partnerschap wordt verwezen naar het STAR-plan (*Security & Service – Technology – Ambition – Resilience*), dat op 17 juni 2022 door de Ministerraad werd goedgekeurd, betreft dit een loutere beleidsnota en geen juridisch bindend document, dat geen rechtvaardigingsgrond biedt voor de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU in dit dossier. De ambitie, vooropgesteld in het STAR-plan, om de nationale DTIB te versterken, kan op zichzelf de toewijzing van een twintig jaar durend partnerschap aan de tussenkomende partij zonder enige voorafgaande mededinging niet verantwoorden.

16.5. Ten slotte stelt de verzoekende partij dat de bestreden beslissingen op dit punt de formele motiveringsplicht schenden. De gunningsbeslissing verwijst naar drie stukken, namelijk een contract, de nota van 2016 en de Interpretatieve Mededeling van 7 december 2006. De verwerende partij maakt zich geen van de motieven in deze documenten eigen. Bovendien heeft de verzoekende partij geen kennis van het contract, waarvan zelfs geen niet-vertrouwelijke versie werd meegedeeld. In punt 1, a), van de bestreden gunningsbeslissing verwijst de verwerende partij enkel naar de nota van 2016 omtrent de Belgische essentiële veiligheidsbelangen, zonder toe te lichten hoe het partnerschap binnen die essentiële veiligheidsbelangen zou passen. Dit wordt evenmin toegelicht in punt 1, c), van de gunningsbeslissing. Er wordt wel gesteld welke essentiële veiligheidsbelangen de verwerende partij wil beschermen, maar niet waarom deze énkél kunnen worden beschermd middels dit partnerschap en het beroep op artikel 346, lid 1, b), VWEU. Het niet identificeren van de veiligheidsbelangen maakt het onmogelijk om vast te stellen of er een verband is tussen de bescherming van deze veiligheidsbelangen en de opdracht.

17. Ten tweede stelt de verzoekende partij dat de vrees voor bevoorradingsproblemen die aan de basis ligt van het beoogde partnerschap grondslag mist en zodoende geen “gerechtvaardigde veronderstelling” in de zin van artikel 346 VWEU kan vormen.

De verzoekende partij hekelt te dezen het motief in punt 2 ‘Keuze van de aanbestedingsprocedure’ van de bestreden gunningsbeslissing, volgens hetwelk Defensie met het partnerschap met FN Herstal, in geval van een conflict, beperkende of dwingende maatregelen kan nemen om voorrang te geven aan bestellingen van Defensie. De verwerende partij gaat uit van een vrees dat andere landen (zelfs EU-lidstaten en NAVO-partners) in dergelijke omstandigheden eveneens de uitvoer van wapens zouden beperken en dat de bevoorradingszekerheid van de verwerende partij in het gedrang zou komen. Deze vrees zou moeten rechtvaardigen dat enkel een Belgische onderneming in aanmerking kon komen.

17.1. De verzoekende partij licht toe dat de mogelijkheid om een uitvoerverbod op te leggen, indien dit gerechtvaardigd is ter bescherming van de wezenlijke belangen, reeds is voorzien in richtlijn 2009/43/EG, alsook in het Waalse en het Vlaamse Wapenhandeldecreet waarmee deze richtlijn is omgezet. Een dergelijk uitvoerverbod moet echter worden gezien als een strikte uitzondering op de regels betreffende het vrij verkeer van goederen en diensten. Te dezen gaat de verwerende partij evenwel zonder meer uit van een vrees voor deze uitzonderlijke, hypothetische situaties en baseert zij zich hierop om voor de komende 20 jaar een nieuwe norm voorop te stellen, namelijk de gehele uitsluiting van de mededinging voor het leveren van munitie en kleine wapens. Zij maakt met andere woorden van de uitzondering de norm. Deze handelwijze is volgens haar in strijd met de uitgangspunten van richtlijn 2009/43/EG, in het bijzonder dat de interne markt en het vrij verkeer van goederen en diensten ook voor defensie-gerelateerde producten de norm zijn (de verzoekende partij citeert delen van de overwegingen 2, 3, 5 en 6 van de richtlijn), en dat in de richtlijn in waarborgen wordt voorzien opdat artikel 346, lid 1, b), VWEU zo min mogelijk moet worden toegepast (de verzoekende partij citeert overweging 13 van de richtlijn). De verwerende partij wijkt volledig af van deze doelstelling door net die waarborgen die in de richtlijn worden ingebouwd in te roepen ter rechtvaardiging van de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU. De verzoekende partij vervolgt dat, zelfs voor zover de verwerende partij zou menen dat zij over de mogelijkheid moet beschikken om een exportverbod op te leggen aan haar leverancier, vaststaat dat een exportverbod onder de voorwaarden van artikel 4, lid 9, van richtlijn 2009/43/EG kan worden opgelegd door het intrekken, schorsen of beperken van een wapenexportvergunning. Ook de verwerende partij (of minstens het Vlaamse of het Waalse Gewest) kan dergelijke exportverboden opleggen indien een nationaal veiligheidsbelang daartoe zou nopen. Daartoe is in geen geval vereist dat een langdurig partnerschap zou moeten bestaan tussen de verwerende partij en de tussenkomende partij.

17.2. Volgens de verzoekende partij schetst de verwerende partij in haar besluitvorming een zeer hypothetisch beeld waarin EU-lidstaten en NAVO-partners onderlinge export van wapens zouden verbieden in oorlogssituaties. De verwerende partij meent immers dat de mededinging niet kan worden opengesteld

naar ondernemingen uit andere landen, omwille van de vrees dat deze landen zelf exportverboden zouden opleggen voor de levering van wapens of munitie aan België. Een dergelijke vrees is volgens haar uiterst hypothetisch en tussen EU-lidstaten en NAVO-partners nagenoeg ondenkbaar.

Gelet in het bijzonder op de situatie van de verzoekende partij, die in Duitsland gevestigd is, wijst zij erop dat de enige voorbeelden van weigering van export van wapens door de Duitse bevoegde overheid betrekking hebben op de export van wapens naar geopolitiek uiterst gevoelige gebieden zoals Rwanda, Pakistan, de Filippijnen en Ethiopië. Dat Duitsland als buurland van België de levering van wapens door de verzoekende partij aan de Belgische overheid zou verbieden, zou volgens de verzoekende partij binnen de contouren van de EU en NAVO ondenkbaar zijn. De NAVO is er net op gericht solidariteit en cohesie te doen ontstaan tussen de NAVO-partners, wat inhoudt dat geen enkel lid van de NAVO uitsluitend over eigen nationale capaciteit zal moeten beschikken om essentiële nationale veiligheidsbelangen na te streven.

17.3. Opnieuw staat volgens de verzoekende partij ook de schending van de formele motiveringsplicht vast, nu uit de bestreden beslissingen niet blijkt waarom de vrees voor bevoorradingsproblemen, indien de opdracht aan de mededinging wordt opengesteld, neerkomt op een “gerechtvaardigde veronderstelling” dat aan het nationaal veiligheidsbelang afbreuk zou worden gedaan.

18. Ten derde dient het partnerschap volgens de verzoekende partij (ook) verboden economische belangen.

Uit alle berichtgeving over de bestreden beslissingen blijkt dat ook economische overwegingen worden vooropgesteld als oogmerk voor de totstandkoming van het partnerschap. Daarbij valt op dat ook andere Europese landen mee zouden kunnen instappen in het partnerschap, waarin economische motieven eveneens meespelen.

Nochtans bepaalt de Interpretatieve Mededeling van 7 december 2006 in dit verband dat alleen de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van een lidstaat het doel kan zijn dat een vrijstelling op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU rechtvaardigt. Andere belangen die verband houden met de productie van en de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal, in het bijzonder industriële en economische belangen, kunnen op zichzelf geen vrijstelling rechtvaardigen.

19. Wanneer de motivering van het beroep op artikel 346, lid 1, b), VWEU gelegen is in bevoorradingszekerheid, mag volgens de verzoekende partij zelfs geen énkél bijkomend belang worden gediend door de maatregel, ook niet in ondergeschikte orde. Dit blijkt volgens haar uit de *Guidance Note ‘Security of Supply’* van de DG Interne markt en diensten van de Europese Commissie (2010), waaruit zij onder meer volgende passages aanhaalt:

“[...] Bovendien worden economische overwegingen niet aanvaard als rechtvaardiging voor beperkingen van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden. Maatregelen die het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit kunnen schenden, kunnen alleen worden toegestaan als ze worden gerechtvaardigd door een van de niet-economische gronden die worden genoemd in de artikelen 36, 51, 52, 62 en 346 VWEU. Dit betekent dat het besluit om een specifieke industriële capaciteit te handhaven uitsluitend gebaseerd mag zijn op veiligheidsbelangen, en niet op economische of werkgelegenheidsgerelateerde belangen.

(...) Dit betekent dat in het geval van een onderhandse gunning van een opdracht aan een specifieke leverancier of aan uitgesloten nationale leveranciers op basis van redenen van bevoorradingszekerheid, de betrokken lidstaat bereid [lees: in staat] moet zijn het wezenlijke veiligheidsbelang te specificeren dat de gunning van die opdracht aan die specifieke leverancier vereiste. [...]

Het punt hier is dat, hoewel de lidstaten een grote mate van vrijheid hebben bij het definiëren van hun essentiële veiligheidsbelangen, ze aannemelijk moeten kunnen maken waarom een specifieke industriële capaciteit essentieel is voor hun veiligheidsbelangen. Dit is met name belangrijk om indien nodig te kunnen bewijzen dat de redenen voor het gebruik van de afwijking niet van economische aard zijn. Bovendien zou de lidstaat moeten aantonen dat de gunning van deze specifieke contracten een passende maatregel was om de desbetreffende capaciteit in stand te houden. [...]” (vrij vertaald door de verzoekende partij).

De verzoekende partij leidt hieruit af dat de beslissing om een specifieke industriële capaciteit aan te houden aldus “exclusief” gebaseerd dient te zijn op een veiligheidsbelang, en dat dit uitgangspunt geen ruimte toelaat om daarnaast ook economische belangen of werkgelegenheidsbelangen na te streven in de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU met het oog op bevoorradingszekerheid.

20. De verzoekende partij stelt dat de Raad van State in het schorsingsarrest van 10 januari 2024 oordeelde dat noch de Interpretatieve Mededeling van 7 december 2006, noch de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie zich tegen een afgeleid economisch of maatschappelijk voordeel lijken te verzetten.

21. Ten slotte voert de verzoekende partij opnieuw de schending van de formele motiveringsplicht aan, nu de bestreden beslissingen ook op dit punt niet toelaten te begrijpen hoe de besluitvorming over het voldoen aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, b), VWEU tot stand is gekomen. Zij wijst erop dat de verwerende partij zich geen van de motieven in de documenten waarnaar zij verwijst, eigen maakt. De onvolledige analyse van het vervuld zijn van de toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, b), VWEU leidt daarnaast tot een schending van de zorgvuldigheidsplicht.

22. In wat als een *vierde onderdeel* kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij ten slotte aan dat het te bereiken doel met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt, zodat de omvang van het partnerschap alleszins kennelijk buitenproportioneel is.

Naast de besproken toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, b), VWEU, geldt dat die bepaling slechts aanleiding kan geven tot het rechtstreeks toewijzen van een opdracht die raakt aan essentiële veiligheidsbelangen voor zover het doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt. Dit betekent dat (i) het ingeroepen veiligheidsbelang niet op eenzelfde wijze gevrijwaard kan worden door een andere maatregel, die in mindere mate afbreuk doet aan de beginselen van de interne markt en (ii) de maatregel de

handel binnen de EU niet meer mag belemmeren dan wat absoluut noodzakelijk is. Deze dubbele voorwaarde komt neer op een evenredigheids- en proportionaliteitsvereiste in de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU. De naleving van deze voorwaarden impliceert een alternatievenonderzoek dat voorafgaand aan het toewijzen van de opdracht plaatsvindt en dat zou moeten leiden tot de conclusie dat alternatieven niet dezelfde garanties inzake wezenlijke nationale veiligheidsbelangen zouden kunnen bieden.

Uit wat reeds werd aangevoerd, volgt volgens de verzoekende partij dat het beoogde doel wél door middel van minder beperkende maatregelen kan worden bereikt, minstens dat de verwerende partij, in strijd met de formele motiveringsplicht, niet sluitend motiveert dat enkel de gekozen maatregel voldoende aan de vooropgestelde belangen tegemoetkomt.

22.1. De verzoekende partij verwijst in de eerste plaats naar de mogelijkheden vervat in de artikelen 24 en 39 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 om eisen te stellen in verband met de bevoorradingszekerheid. Om beroep te kunnen doen op de uitzondering bepaald in artikel 346, lid 1, b), VWEU, moet de verwerende partij bijgevolg aantonen dat de garanties die in een normale aanbestedingsprocedure kunnen worden geëist, zoals die zijn voorzien in de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, onvoldoende zijn. Te dezen hebben de motieven inzake de beoogde bevoorradingszekerheid in essentie betrekking op de levering van munitie. De verzoekende partij verwijst naar de motivering hieromtrent in de synthesesnota bij de AVA, namelijk dat munitie steeds moeilijker te verkrijgen is, zowel kwantitatief als kwalitatief, en dat grondstoffen schaars en duur zijn, waarbij elke lidstaat zich ervan bewust wordt dat de eigen belangen voorrang dienen te krijgen, wat de export moeilijker maakt. Zij stelt hiertegenover, ten eerste, dat schaarste en hogere prijzen van grondstoffen eigen zijn aan de marktwerking en het spel van vraag en aanbod, en dus geen bijzondere omstandigheid uitmaken in de context van munitie of kleine wapens, ten tweede, dat er geen reden is om aan te nemen dat de tussenkomende partij niet getroffen zou zijn door dezelfde schaarste of hogere kostprijs van bepaalde grondstoffen, ten derde, dat schaarste en hogere prijzen van grondstoffen in beginsel tijdelijke fenomenen zijn die op middellange en lange termijn door de

marktwerking worden uitgebalanceerd, en ten vierde, dat deze overwegingen betrekking hebben op munitie en bijgevolg nietszeggend zijn over het aspect “kleine wapens”, dat eveneens deel zal zijn van het partnerschap. Deze motieven verantwoorden dan ook niet de toepassing van artikel 346 VWEU voor het opzetten van een langdurig partnerschap zonder voorafgaande mededinging.

22.2. De verzoekende partij verwijst in de tweede plaats naar de mogelijkheden die reeds zijn voorzien om in uitzonderlijke gevallen een exportverbod op te leggen, in richtlijn 2009/43/EG en in het Waalse en het Vlaamse Wapenhandeldecreet. Zij verwijst naar haar toelichting in dit verband in het derde onderdeel (zie overweging 17.1, hiervoor). De mogelijkheid bestaat reeds om in uitzonderlijke gevallen een overdrachtsvergunning in te trekken, te schorsen of te beperken, overeenkomstig richtlijn 2009/43/EG, zodat de verwerende partij steeds kan beslissen om de exportvergunning van de tussenkomende partij te laten intrekken en zij op dat moment op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU *ad hoc* een opdracht kan plaatsen. De verwerende partij beschikt over deze mogelijkheid ongeacht of zij een partnerschap of contract met de tussenkomende partij heeft gesloten. Voorts is de vrees dat een andere EU-lidstaat in geval van een crisis een exportverbod zou opleggen, volgens de verzoekende partij zeer hypothetisch en onrealistisch. De verwerende partij gaat uit van een hoogst onzekere omstandigheid, waarvan tussen EU-lidstaten of NAVO-partners zelfs geen precedents bestaan, om er vervolgens het nieuwe normaal van te maken door het opzetten van een partnerschap zonder voorafgaande mededinging. Opnieuw toont de verwerende partij niet aan waarom de genoemde actiemogelijkheden onvoldoende zouden zijn, teneinde rechtsgeldig een beroep te kunnen doen op de uitzonderingsgrond bepaald in artikel 346, lid 1, b), VWEU.

22.3. Voorts stelt de verzoekende partij nog vast dat de argumenten die de verwerende partij in de bestreden beslissing aanhaalt om het gebruik van artikel 346, lid 1, b), VWEU te rechtvaardigen, generiek zijn opgesteld en op geen enkele wijze specifiek op België betrekking hebben. Het betreft dan ook geen motivering die aantoont dat België te dezen enkel op die manier haar strategische autonomie kan garanderen. Een dergelijke rechtvaardiging schept dan ook een gevaarlijk precedent.

Beoordeling

A. Vooraf

23. Artikel 346 VWEU luidt:

“1. De bepalingen van de Verdragen vormen geen beletsel voor de volgende regels:

a) [...]

b) elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de interne markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.

2. De Raad kan met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie wijzigingen aanbrengen in de lijst van de producten waarop de bepalingen van lid 1, onder b), van toepassing zijn, die hij op 15 april 1958 heeft vastgesteld.”

De verzoekende partij voert in essentie aan dat te dezen niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 346, lid, 1, b), VWEU.

B. Eerste en tweede onderdeel, samen genomen

24. In het *eerste onderdeel* zet de verzoekende partij uiteen dat het partnerschap de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden fundamenteel wijzigt, om drie redenen: *ten eerste* omdat het partnerschap betrekking heeft op lichte wapens en munitie, materiaal dat ook door de geïntegreerde politie (en dus een civiele entiteit) kan worden gebruikt, *ten tweede* omdat het partnerschap met de tussenkommende partij zou zijn gesloten tegen een niet-marktconforme prijs, waardoor haar positie op de interne markt voor deze producten fundamenteel wordt versterkt, en *ten derde* omdat andere EU-lidstaten aan het partnerschap kunnen deelnemen, zodat het probleem op dit vlak in de gehele Europese Unie kan doorwerken.

In het *tweede onderdeel* betwist de verzoekende partij dat het partnerschap betrekking heeft op de productie van of de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal.

Het past om eerst deze twee onderdelen te beoordelen, en dit in het licht van de aangevoerde schending van artikel 346, lid 1, b), VWEU.

Militair materiaal

25. Anders dan in de procedure die aanleiding heeft gegeven tot het schorsingsarrest nr. 258.383 van 10 januari 2024, lijkt de verzoekende partij thans in feite te betwisten dat de aan te schaffen uitrusting zou zijn opgenomen in de in het ‘Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958’ vastgestelde lijst van wapens, munitie en oorlogsmateriaal waarop de bepalingen van artikel 346, lid 1, b), VWEU van toepassing zijn. Aangezien zij niet beschikt over een overzicht van het materiaal dat via dit partnerschap zal worden aangekocht, vraagt zij aan de Raad van State om te beoordelen of al het materiaal van die aard is dat het aan deze voorwaarde voldoet.

Een dergelijk verzoek lijkt evenwel op het eerste gezicht moeilijk verenigbaar met het onderzoek dat de Raad van State in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid verricht, waarbij hij niet over de nodige tijd beschikt om ingewikkelde technische vraagstukken diepgaand te bestuderen voor zover dit al mogelijk zou zijn zonder de aanstelling van een deskundige. Het middel lijkt aldus op het eerste gezicht enkel ernstig te kunnen worden bevonden in zoverre reeds op het eerste gezicht uit de kritiek zou blijken dat bepaalde in het kader van het partnerschap aan te schaffen producten niet zijn opgenomen in het voornoemde ‘Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958’.

26. Het ‘Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958’ luidt:

“Het bepaalde in artikel 296, lid 1, punt b), van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, is van toepassing op de volgende wapens, munitie en oorlogsmaterieel, met inbegrip van kernwapens:

1. Draagbare en automatische vuurwapens, zoals geweren, karabijnen, revolvers, pistolen, hand- en andere mitrailleurs, met uitzondering van jachtwapens, pistolen en andere wapenen van licht kaliber, van een kaliber onder 7 mm.

[...]

3. Munitie bestemd voor de in de punten 1 en 2 genoemde wapenen.

[...]

15. Machines, uitrusting en gereedschap, uitsluitend ontworpen voor het bestuderen, het vervaardigen, het beproeven en het controleren van de uitsluitend voor militair gebruik bestemde wapenen, munitie en materieel die in deze lijst worden genoemd.”

Relevant in dit verband is overweging 10 van richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG’ (hierna: richtlijn 2009/81/EG) die luidt als volgt:

“Voor deze richtlijn moeten onder militair materiaal met name de producttypen worden begrepen die zijn opgenomen in de lijst van wapens, munitie en oorlogsmateriaal [die] is vastgesteld bij Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958 [...] en de lidstaten mogen zich bij de omzetting van deze richtlijn tot uitsluitend deze lijst beperken. Deze lijst omvat alleen materiaal dat is ontworpen, ontwikkeld en geproduceerd voor specifiek militaire doeleinden. De lijst is evenwel generiek en moet ruim worden geïnterpreteerd in het licht van de ontwikkeling van de technologie, het aanbestedingsbeleid en de militaire behoeften, die leiden tot de ontwikkeling van nieuwe typen van materiaal, bijvoorbeeld op basis van de gemeenschappelijke militaire lijst van de Unie. Voor deze richtlijn moet ‘militair materiaal’ ook betrekking hebben op producten die, hoewel zij oorspronkelijk zijn ontworpen voor civiel gebruik, later zijn aangepast aan militaire doeleinden, om te worden gebruikt als wapens, munitie of oorlogsmateriaal.”

27. Met de verwerende partij wordt bijgevolg vastgesteld dat deze lijst dient te worden beoordeeld in combinatie met de gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen, die jaarlijks door de Raad wordt vastgesteld, laatst op 19 februari 2024 (C/2024/1945, *PB C* van 1 maart 2024). De door haar beoogde lichte bewapening en munitie valt volgens haar onder de volgende categorieën:

“ML1 Wapens met gladde loop met een kaliber van minder dan 20 mm, andere wapens en automatische wapens met een kaliber van 12,7 mm (kaliber 0,50 inch) of minder en toebehoren, als hieronder, en speciaal ontworpen onderdelen daarvoor:

[...]

ML3 Munitie en ontstekingsinstellingsinrichtingen, als hieronder, en speciaal ontworpen onderdelen daarvoor:

a. munitie voor wapens genoemd in ML1, ML2 of ML12;

b. ontstekingsinstellingsinrichtingen die speciaal zijn ontworpen voor munitie genoemd in ML3.a.”

In dit licht en op basis van de gegevens waarover de Raad van State thans beschikt, lijkt er op het eerste gezicht geen reden om te twijfelen aan de bevestiging door de verwerende partij dat de aan te schaffen producten zijn opgenomen in de lijst vastgesteld in het voornoemde ‘Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958’, gelezen in combinatie met de gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen. Aldus lijkt het beoogde partnerschap wel degelijk betrekking te hebben op de productie van of de handel in “wapenen, munitie en oorlogsmateriaal”, waarop de bepalingen van artikel 346, lid 1, b), VWEU, luidens artikel 346, lid 2, VWEU van toepassing zijn.

28. Het tweede onderdeel, dat specifiek betrekking heeft op dit punt, is niet ernstig.

29. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij alsdan aan dat het beoogde partnerschap de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden zou wijzigen, en hierdoor artikel 346, lid 1, b), tweede zinsdeel, VWEU zou schenden. De wijziging zou volgens haar blijken uit drie omstandigheden.

30. De Raad van State stelt vast, wat het eerste onderdeel, ten eerste, betreft, dat noch de beslissing van de Ministerraad van 26 april 2024, noch de gunningsbeslissing betrekking heeft op de deelname van de geïntegreerde politie aan het partnerschap.

In de nota aan de Ministerraad van 26 april 2024 wordt in punt 9 ‘Voorstel van beslissing’ in dit verband immers gesteld:

“De Ministerraad behoudt zich het recht voor om de aansluiting van de Geïntegreerde politie bij het strategisch partnerschap te overwegen, onder voorbehoud van juridisch overleg met het oog op een latere deelname.”

Voor zover het eerste onderdeel uitgaat van een andere veronderstelling, mist het feitelijke grondslag.

31. Het gegeven dat een bepaald producttype van wapens, munitie en oorlogsmateriaal op de lijst van 1958 is vermeld, is een noodzakelijke voorwaarde opdat artikel 346, lid 1, b), VWEU, luidens artikel 346, lid 2, VWEU, van toepassing kan zijn. Zoals hoger gesteld (overweging 27) lijkt te dezen aan deze voorwaarde te zijn voldaan.

Uit het tweede zinsdeel van artikel 346, lid 1, b), VWEU lijkt op het eerste gezicht te moeten worden afgeleid dat de betrokken producten daarnaast ook “bestemd” moeten zijn voor specifiek militaire doeleinden. Hieruit volgt dat voor de aankoop van goederen die zeker een civiele bestemming hebben maar waarvan het gebruik voor militaire doeleinden weinig zeker is, noodzakelijkerwijs de regels voor plaatsing van overheidsopdrachten moeten worden gevolgd (HvJ 8 april 2008, Commissie/Italië, C-337/05, EU:C:2008:203, punten 48 en 49), en dat *a contrario* voor de aankoop van producten die zeker bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden en die eventueel een civiele bestemming kunnen hebben, wel een beroep kan worden gedaan op artikel 346, lid 1, b), VWEU (zie ook HvJ 7 juni 2012, Insinööritoimisto InsTiimi Oy, C-615/10, EU:C:2012:324, punten 39 en 40).

32. Dit laatste lijkt te dezen het geval te zijn. Voortgaande op de wijze waarop de verwerende partij het materiaal beschrijft, betreft het op het eerste gezicht lichte wapensystemen (vuurwapens en bijhorende munitie) die specifiek voor militaire doeleinden zijn ontworpen en ontwikkeld en die de aanbestedende overheid, te dezen Defensie, enkel voor militaire doeleinden zal gebruiken.

Het gegeven dat de geïntegreerde politie eventueel – daartoe is op dit moment nog niet beslist – kan deelnemen aan dit partnerschap en ook vuurwapens en bijhorende munitie zal kunnen aankopen in het kader van de opdracht, lijkt op het eerste gezicht niet te volstaan om te besluiten dat voor het partnerschap thans geen beroep kan worden gedaan op artikel 346, lid 1, b), VWEU. Anders dan de verzoekende partij stelt, toont de omstandigheid dat in de voorbereiding van de besluitvorming al werd gewezen op de beoogde synergieën en compatibiliteit tussen Defensie en de geïntegreerde politie, op zich niet aan dat het partnerschap op dit moment betrekking zou hebben op materiaal dat zowel een militaire als een civiele bestemming heeft. De verwerende partij wijst in dit verband terecht op het feit dat “een eventuele deelname van de [geïntegreerde politie] gepaard [zal] gaan met een nieuwe procedure tot besluitvorming [die zal moeten] waarborgen dat deze nieuwe overeenkomst geen ongeoorloofde wijzigingen in de mededingingsverhoudingen zou teweegbrengen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden”.

33. Voor zover de verzoekende partij in het eerste onderdeel uitgaat van de premisse dat de genomen maatregelen, namelijk het aangaan van een partnerschap zonder beroep te doen op de mededinging, voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden, de mededingingsverhoudingen op de interne markt fundamenteel zouden wijzigen, lijkt deze premisse verkeerd. Het voorwerp van het beoogde partnerschap omvat immers op het eerste gezicht geen “producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden”.

34. In dit opzicht is het eerste onderdeel niet ernstig.

Concurrentiepositie en marktconforme prijs

35. Voor zover het eerste onderdeel, ten tweede en ten derde, ervan uitgaat dat het beoogde partnerschap de commerciële (Belgische en Europese) markt van niet-specifiek militaire producten zal verstoren, stelt de Raad van State vooreerst vast dat de feitelijke en juridische context in deze zaak anders is dan in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 2013, *Ellinika Nafpigeia/Commissie*, C-246/12 P, EU:C:2013:133, waarnaar de verzoekende partij verwijst.

Aangezien het beoogde partnerschap op het eerste gezicht geen “producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden” omvat, lijkt er te dezen evenmin sprake te zijn van een activiteit voor civiele doeleinden die noodzakelijk zou zijn voor de activiteit van productie van militair materiaal (vergelijk het voornoemde arrest, punt 22).

36. Voor zover het tweede zinsdeel van artikel 346, lid 1, b), VWEU voorts specifiek betrekking lijkt te hebben op staatssteun, verduidelijkt de verzoekende partij dat hiervan sprake is wanneer een lidstaat een voordeel in het kader van overheidscontracten verleent, bijvoorbeeld wanneer zij een te hoge en dus niet-marktconforme prijs betaalt.

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moeten als staatssteun in de zin van artikel 107 VWEU worden beschouwd “maatregelen die, in welke vorm ook, ondernemingen rechtstreeks of indirect kunnen bevoordelen, of die moeten worden beschouwd als een economisch voordeel dat de begunstigde onderneming onder normale marktvoorwaarden niet had kunnen verkrijgen” (zie, onder meer, HvJ 6 maart 2018, *Commissie/FIH Holding en FIH Erhvervsbank*, C-579/16 P, EU:C:2018:159, punt 44; HvJ 23 november 2023, *Ryanair en Airport Marketing Services*, C-758/21 P, EU:C:2023:917, punt 140). De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden bijgevalen waar zij stelt dat er te dezen geen sprake is van een eenzijdig selectief voordeel waarbij de onderneming geen tegenprestatie zou hoeven te leveren “die opweegt tegen de steun van de overheid”; dat “‘de versterking van een positie op de markt’ niet zomaar [gelijk te stellen is]

met het behalen van een omvangrijk contract, [wat] de bedoeling is van iedere aan een overheidsopdracht deelnemende onderneming. [...] Hoewel het contract voordelig is voor FN Herstal, zal zij de mededingingsverhoudingen op de markt niet zodanig wijzigen om van een versterkte concurrentiële positie te kunnen spreken”.

Uit de bestreden gunningsbeslissing, zoals bevestigd in stukken van het administratief dossier die vertrouwelijk zijn neergelegd maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat de algemene directie Material Resources, divisie Overheidsopdrachten, van het ministerie van Defensie op 16 april 2024 een grondige prijzencontrole heeft uitgevoerd en daarbij geen problemen heeft vastgesteld. Luidens de nota van de verwerende partij betreft deze controle de inventarissen bij het contract en de prijsherzieningsformules. Met verwijzing naar het protocol van Financieel Akkoord 2024, een protocol dat jaarlijks tussen de verwerende partij en de tussenkommende partij wordt gesloten en waarbij voor elk van de activiteiten bewapening, munitie en doorverkoop een onkostenpercentage (“coëfficiënt FG” (Frais Généraux)) wordt bepaald, wordt in de nota besloten dat de aangeleverde prijzen in 2024 als aanvaardbaar en correct worden beschouwd.

De verzoekende partij voert in haar verzoekschrift geen nadere elementen aan waaruit zou volgen dat de verwerende partij wél een te hoge en dus niet-marktconforme prijs betaalt en waarmee aan de tussenkommende partij een financieel voordeel zou zijn toegekend. Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden gesteld dat een opdracht met een “zeer aanzienlijke budgettaire impact” niet gelijk staat met een opdracht tegen een niet-conforme marktprijs, en dat een stijging van het budget van de opdracht (onder meer als gevolg van de toevoeging van extra types munitie) op zich niet aantoonst dat de prijzen niet marktconform zouden zijn.

37. Ook in dit opzicht is het eerste onderdeel niet ernstig.

Zorgvuldigheid en formele motivering

38. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij bij elk van haar grieven telkens aan dat de verwerende partij de toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, b), VWEU niet zorgvuldig heeft onderzocht, en dat de motieven die in de bestreden beslissing worden vermeld ter verantwoording van de genomen maatregel, niet afdoende zijn.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt onder meer in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten, die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.

De Raad van State herinnert er voorts aan dat uit de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet volgt dat een administratieve overheid in een akte de juridische en feitelijke overwegingen dient op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze. Het afdoende karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. Om te voldoen aan de vereisten van de formele motiveringsplicht is het niet nodig dat ook de motieven van de motieven worden weergegeven. Het is voldoende dat de feitelijke gronden voor de in de beslissing opgenomen motieven in het administratief dossier zijn terug te vinden, mits de bestuurde in de beslissing de motieven kan vinden die deze schragen.

39. In de bestreden gunningsbeslissing wordt bevestigd dat het beoogde partnerschap de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden, niet wijzigt, en dat de aan te schaffen uitrusting voorkomt op de lijst vastgesteld in het ‘Uittreksel van Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958’, te beoordelen in combinatie met de gemeenschappelijke Europese Unie-lijst van militaire goederen.

Anders dan de verzoekende partij stelt, lijkt de toepassingsvoorwaarde van artikel 346, lid 1, b), VWEU, volgens welke de maatregelen de mededingingsverhoudingen op de interne markt voor producten die niet zijn bestemd voor militaire doeleinden niet mogen wijzigen, op het eerste gezicht te kunnen worden getoetst binnen het kader van de vraag of het beoogde partnerschap enkel producten bevat die bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.

Voor zover de verzoekende partij stelt dat de bestreden beslissingen op een onzorgvuldige manier tot stand zijn gekomen, lijkt zij daarmee de wettigheid van de onderliggende redenen te betwisten. Gelet op wat voorgaat, blijkt niet dat de verwerende partij betreffende de genoemde toepassingsvoorwaarde een onzorgvuldig onderzoek zou hebben gevoerd.

In het licht van de formele motiveringsplicht, lijkt niet vereist te zijn dat de verwerende partij meer motieven in de bestreden gunningsbeslissing diende op te nemen dan zij heeft gedaan, te meer omdat de verzoekende partij in staat lijkt te zijn geweest zich te richten op de beweerde onjuistheid van die motieven. De in de bestreden beslissing opgenomen motivering voldoet aan de formele motiveringsverplichting. Ook in dit opzicht kan het eerste onderdeel niet aangenomen worden.

40. Bij de “[f]inanciële analyse van de offerte” oordeelt de verwerende partij “dat de prijzen aanvaardbaar en marktconform zijn”. De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid met betrekking tot dit prijzenonderzoek een ruimere motivering diende op te nemen in de bestreden gunningsbeslissing.

Conclusie

41. Het eerste onderdeel, in zijn geheel, en het tweede onderdeel zijn niet ernstig.

C. Derde onderdeel

Essentiële veiligheidsbelangen en noodzakelijk verband met maatregel

42. In wat als een derde onderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij aan, ten eerste, dat te dezen niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU omdat er geen sprake is van een maatregel die noodzakelijk is ter bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van de staat en omdat er in elk geval geen verband bestaat tussen de ingeroepen essentiële veiligheidsbelangen en de genomen maatregel. Zij stelt dat de beide doelstellingen ook zonder het beoogde partnerschap kunnen worden bereikt.

De bestreden beslissing schendt, volgens de verzoekende partij, ook in dit verband de formele motiveringsplicht.

43. In de bestreden gunningsbeslissing zijn de volgende motieven te dezen relevant (zie overweging 3.12):

“1. Toepasselijke wetgeving en gevolgen van de implementatie

a. Artikel 346, § 1, b) VWEU

[...]

De vermelde nationale essentiële veiligheidsbelangen (EVB) werden door de federale regering op 28 oktober 2016 vastgesteld [zie Document ‘De Belgische belangen op het vlak van Defensie en veiligheidsbeleid’ goedgekeurd door de Belgische regering op 28 oktober 2016]

In dit verband is het nuttig om toe te voegen dat de Ministerraad door de goedkeuring van het dossier in het stadium van de aanvraag voorafgaandelijk akkoord (notificatie punt 15 van 17 november 2023), zowel de geldigheid van het gebruik van bovengenoemd artikel als het feit dat de uitvoering van dit partnerschap een noodzakelijke maatregel is om aan de geïdentificeerde Belgische EVB's te voldoen, heeft bevestigd.

[...]

c. Rechtvaardiging

[...]

(b) Er zijn essentiële veiligheidsbelangen (EVB) die de lidstaat wil beschermen (noodzakelijkheidsbeginsel), met name de

oprichting van een stevige Belgische Defensie Technologische en Industriële Basis (BTIDB) en de versterking van de strategische autonomie in geval van een crisis of een conflict, belangen die veel verder gaan dan industriële en economische overwegingen. Dit wordt goedgekeurd door de Europese Commissie via [de Interpretatieve Mededeling 7 december 2006]. Ten slotte maakt dit partnerschap het ook mogelijk om België te positioneren als een relevante, betrouwbare en competitieve technologische partner in de ontwikkeling van Europese en trans-Atlantische capaciteiten.

- (c) Er is een verband tussen de bescherming van deze EVB en de voorgestelde overheidsopdracht, aangezien een nationale defensie-industrie essentieel is om de bevoorradingszekerheid en strategische autonomie van België in alle omstandigheden te garanderen. Dit specifieke geval is ook opgenomen in de Guidance Notice ‘Security of Supply’ van het Directoraat-generaal Interne Markt en Diensten (2010).”

De bestreden gunningsbeslissing lijkt aldus afdoende formeel gemotiveerd.

44. Ter beoordeling van dit derde onderdeel, ten eerste, kan voorts worden verwezen naar de beoordeling van inhoudelijk eenzelfde kritiek in het schorsingsarrest nr. 258.383 van 10 januari 2024, als volgt:

“Essentiële veiligheidsbelangen

27. Overheidsopdrachten voor leveringen en diensten die rechtstreeks verband houden met militair materiaal vallen in beginsel onder het toepassingsgebied van de wet overheidsopdrachten defensie- en veiligheid 2011 en richtlijn 2009/81/EG.

Artikel 346, lid 1, b), VWEU biedt de lidstaten evenwel de mogelijkheid om van de verdragsregels en het secundaire EU-recht af te wijken voor het nemen van maatregelen die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapens, munitie of oorlogsmateriaal, en die noodzakelijk zijn om de wezenlijke veiligheidsbelangen te beschermen, op voorwaarde dat deze maatregelen de mededinging niet aantasten op markten voor producten die niet specifiek gebruikt worden voor militaire doeleinden.

Het toepassingsgebied en de voorwaarden voor de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU moeten, conform de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake afwijkingen van de fundamentele vrijheden, restrictief worden geïnterpreteerd (HvJ 4 september 2014, C-474/12, Schiebel Aircraft, punt 33, met verwijzing naar de arresten van 15

december 2019, Commissie/Finland, C-284/05, punt 46, en 7 juni 2012, Insinööritoimisto InsTiimi, C-615/10, punt 35).

28. In haar Interpretatieve [Mededeling] van 7 december 2006 ‘betreffende de toepassing van artikel 296 VEG’ (thans artikel 346 VWEU) (COM (2006)779) stelt de Europese Commissie dat het “de verantwoordelijkheid van de lidstaten (is) om hun veiligheidsbelangen te definiëren en te beschermen”; voorts dat ‘(h)et begrip “wezenlijke veiligheidsbelangen” (...) hen een zekere flexibiliteit (biedt) bij het kiezen van maatregelen om deze belangen te beschermen, maar (...) hen ook een bijzondere verantwoordelijkheid (geeft) om hun verdragsverplichtingen na te komen en deze flexibiliteit niet te misbruiken’.

Overeenkomstig artikel 346, lid 1, b), VWEU kan elke lidstaat maatregelen nemen ‘die hij noodzakelijk acht’ voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal. Hiermee wordt aan de lidstaten, en te dezen dus aan de verwerende partij, een bijzonder ruime discretionaire bevoegdheid verleend bij het beoordelen van de behoeften die met die bescherming verband houden (arrest van het Gerecht van 30 september 2003, Fiocchi Munizioni / Commissie, T-26/01, punt 58).

Daarnaast wordt opgemerkt dat artikel 346, lid 1, b), VWEU niet in die zin kan worden uitgelegd dat het de lidstaten de mogelijkheid biedt om louter op grond van die belangen van de bepalingen van het Verdrag af te wijken. De lidstaat die zich op artikel 346, lid 1, b), VWEU beroept, moet bewijzen dat het voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid noodzakelijk is om gebruik te maken van de in die bepaling neergelegde afwijking (HvJ 4 september 2014, Schiebel Aircraft, C-474/12, punt 34, met verwijzing naar de arresten van 15 december 2019, Commissie/Finland, C-284/05, punten 47 en 49, en 7 juni 2012, Insinööritoimisto InsTiimi, C-615/10, punt 35 en 45).

Ingevolge deze rechtspraak dient de verwerende partij, wanneer zij een beroep wenst te doen op de uitzonderingsgrond van artikel 346, lid 1, b), VWEU, het bewijs te leveren dat het beoogde partnerschap met FN Herstal noodzakelijk is voor de bescherming van de wezenlijke of essentiële veiligheidsbelangen.

29. Blijkens het uittreksel uit de ‘synthesenota dossier AVA’, en het uittreksel uit bijlage C gevoegd bij het beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting, welke openbaar zijn gemaakt [...], worden de essentiële veiligheidsbelangen die de Belgische Staat wenst te beschermen, gedefinieerd in het document ‘De Belgische belangen op het vlak van Defensie en veiligheidsbeleid’, dat de Ministerraad op 28 oktober 2016 heeft goedgekeurd en dat publiek toegankelijk is. Dit document bevat (op pagina 11) de volgende conclusie met betrekking tot de Belgische essentiële veiligheidsbelangen die betrekking hebben op de aanschaf en ondersteuning van wapens, munitie en oorlogsmateriaal:

‘Als conclusie kan men stellen dat een sterke DTIB (Defensie-Technologische en Industriële Basis) met relevante vaardigheden en capaciteiten een essentieel veiligheidsbelang is voor België. Defensie

heeft immers nood aan een Belgische DTIB en Belgische kenniscentra die internationaal concurrentieel zijn in strategisch belangrijke technologische domeinen. Dit is van essentieel belang ter ondersteuning van het Belgische veiligheids- en defensiebeleid aangezien deze industrie:

- bijdraagt aan het opbouwen van de (Europese) DTIB ;
- bijdraagt tot het behoud van België als geloofwaardige en aantrekkelijke partner voor internationale samenwerking in het domein van programma's voor defensie en veiligheid;
- kan samenwerken met de Belgische autoriteiten voor de ontwikkeling, de levering en de ondersteuning van een aantal strategisch belangrijke technologieën;
- relevante vaardigheden en capaciteiten in specifieke nichedomeinen ter beschikking kan stellen om een bepaalde oplossing op nationale basis te ontwikkelen, te produceren en te ondersteunen, zodat het land een voldoende groot adaptief vermogen behoudt om te kunnen inspelen op de steeds wijzigende veiligheidsomgeving;
- de onderlinge verbondenheid tussen België en haar internationale partners kan versterken, waardoor de herbevoorradsingszekerheid kan veilig gesteld worden.

Deze technologische en industriële basis moet gebieden afdekken die niet alleen van belang zijn voor de herbevoorradsingszekerheid van België en de vrijwaring van onze economische en internationale belangen, maar moet België tevens toelaten om een relevante bijdrage te leveren aan samenwerkingsverbanden met andere landen voor de ontwikkeling, de productie en de ondersteuning van Key Enabling Technological Defence and Security Applications'.

In dit document worden voorts vijf essentiële ondersteunende technologische toepassingen opgesomd, onder de vorm van Key Enabling Technological Defence and Security Applications, die verbonden zijn met de Belgische essentiële veiligheidsbelangen. Luidens de voornoemde uittreksels maakt een sterke nationale [DTIB] op bepaalde van die gebieden, zoals systemen en subsystemen voor defensie- en veiligheidstoepassingen of het gebruik van geavanceerde materialen en onderdelen, met de relevante vaardigheden en capaciteiten, het mogelijk om een autonoom nationaal defensiebeleid te voeren en vertegenwoordigt dit daarom een essentieel belang voor de veiligheid van België.

Nog luidens de voornoemde uittreksels moet hieraan worden toegevoegd dat het zogenaamd 'STAR-plan' sindsdien heeft bevestigd dat dit document, hoewel het mogelijk moet worden herzien in het licht van de Defence Industry and Research Strategy (DIRS), de richtlijn blijft.

30. Uit het voornoemde document 'De Belgische belangen op het vlak van Defensie en veiligheidsbeleid', blijkt dat de Ministerraad de opbouw van en de versterking van een sterke nationale [DTIB] en het creëren van de capaciteit daartoe beschouwt als een essentieel veiligheidsbelang. Het bepalen van wat een dergelijk belang is, behoort tot de discretionaire bevoegdheid van de Ministerraad.

In de voornoemde uittreksels uit de ‘synthesenota dossier AVA’ en bijlage C gevoegd bij het beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting wordt het verband tussen het beoogde partnerschap en de bescherming van deze essentiële veiligheidsbelangen uitgelegd. Gesteld wordt dat de complexiteit en het gevaar van de internationale situatie bewijst dat in crisissituaties een nationale defensie-industrie essentieel is om de bevoorradingszekerheid en de strategische autonomie van België in alle omstandigheden te garanderen, en dat het beoogde partnerschap een onmisbare hefboom is om een nationale industriële capaciteit te behouden en deels herop te bouwen.

In het uittreksel uit bijlage C gevoegd bij het beroep bij begroting wordt nader ingegaan op bepaalde aspecten van het beoogde partnerschap die zullen bijdragen aan de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen. Het partnerschap zal namelijk zorgen voor de capacitaire ontwikkeling van research and development, bijdragen aan de noodzakelijke nationale autonomie inzake wetenschappelijk onderzoek, technologische expertise en industriële capaciteit, het nationale defensie- en veiligheidsbeleid ondersteunen en de strategische autonomie van de Europese Unie versterken, en ten slotte België toelaten een plaats te verwerven als betrouwbare en competitieve technologische partner in de ontwikkeling van de Europese en transatlantische capaciteiten. Er wordt ook gewezen op het feit dat een dergelijke specifieke toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU is opgenomen in de Guidance Note ‘Security of Supply’ van de DG Interne markt en diensten (2010), waarin wordt gesteld dat wanneer deze essentiële veiligheidsbelangen niet bereikt kunnen worden via de toepassing van richtlijn 2009/81/EG, de opdracht moet worden gegund aan een specifieke nationale leverancier om een nationale industriële capaciteit te behouden of tot stand te brengen.

De verwerende partij maakt aldus op het eerste gezicht aannemelijk dat het beoogde partnerschap, met als doelstelling, enerzijds, de operationaliteit garanderen door de bevoorradingszekerheid en de strategische autonomie te verwerven en te behouden, en, anderzijds, voldoen aan de toekomstige behoeften aan lichte bewapening en munitie, zowel kwantitatief als kwalitatief, noodzakelijk is voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van België, en dat die belangen in het gedrang zouden komen indien geen toepassing wordt gemaakt van de uitzondering van artikel 346, lid 1, b), VWEU. De bevoorradingszekerheid wordt in overweging 16 van richtlijn 2009/81/EG overigens uitdrukkelijk erkend als mogelijke rechtvaardiging voor het gebruik van artikel 346, lid 1, b), VWEU. Voorts maakt de verwerende partij daarbij op het eerste gezicht aannemelijk dat de omstandigheid dat lichte wapens of munitie tot op heden wel via openbare plaatsingsprocedure werden aangekocht, te dezen niet relevant is, aangezien met het beoogde partnerschap meer dan dat wordt beoogd, namelijk de uitbouw en de ondersteuning van het nationaal wetenschappelijk, technologisch en industrieel potentieel in het domein van lichte wapensystemen. De verwerende partij voegt hieraan toe dat, voor zover in het voornoemd document ‘De Belgische belangen op het vlak van

Defensie en veiligheidsbeleid' wordt gesteld dat de toepassing van artikel 346, lid 1, b) VWEU 'geval per geval' moet worden beoordeeld, zij de keuze heeft gemaakt om in dit specifieke geval met de voornoemde doelstelling een partnerschap met FN Herstal aan te gaan."

45. De Raad van State treedt deze beoordeling bij in de onderhavige procedure.

Ook met de motieven van de thans bestreden beslissingen maakt de verwerende partij op het eerste gezicht aannemelijk dat het beoogde partnerschap noodzakelijk is voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van België, en dat er een verband bestaat tussen de bescherming van deze belangen en het beoogde partnerschap, aangezien een nationale defensie-industrie essentieel is om de bevoorradingszekerheid en strategische autonomie van België in alle omstandigheden te garanderen.

Met de tussenkommende partij wordt vastgesteld dat het onduidelijk is op basis waarvan de Raad van State thans anders zou moeten oordelen. Voor zover de verzoekende partij stelt dat zij, in vergelijking met de vorige procedure, meer inzage heeft gekregen in het administratief dossier, neemt dit immers niet weg dat de Raad wel reeds met kennis van het volledig administratief dossier tot zijn eerdere beoordeling is gekomen.

In zoverre de verzoekende partij zelf erop wijst dat zij thans heeft vastgesteld dat de nota van 2016 zou focussen op Europese en internationale samenwerking, en de essentiële veiligheidsbelangen bijgevolg enkel kunnen worden verzekerd met een opdracht geplaatst volgens een mededingingsprocedure, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht te kunnen worden bijgevallen dat het ene het andere niet uitsluit. De verwerende partij herhaalt dat in de nota van 2016 een sterke nationale DTIB als essentieel veiligheidsbelang wordt vooropgesteld, waarbij de Europese DTIB slechts kan worden bereikt met de nationale, strategische autonomie als hefboom; voorts stelt zij dat "[i]ndien België zonder eigen inbreng aan dergelijke samenwerkingen zou deelnemen, [...] er een

risicovolle afhankelijkheidsrelatie [zou] ontstaan. De Belgische ambities op Europees en internationaal vlak zijn dan ook niet tegenstrijdig met het behalen van de nationale, strategische autonomie op vlak van bevoorradingszekerheid in lichte bewapening en munitie, aangezien dit laatste de essentiële opstap is om deze grensoverschrijdende ambities waar te kunnen maken.” De veronderstelling dat blijkens de nota van 2016 alleen een Europese DTIB een essentieel veiligheidsbelang uitmaakt, kan niet worden bijgevalen.

46. Het derde onderdeel, ten eerste, is niet ernstig.

Bevoorradingszekerheid

47. De verzoekende partij stelt in het derde onderdeel, ten tweede, dat de motieven in de bestreden gunningsbeslissing, enerzijds betreffende de mogelijkheid voor België om, ten behoeve van de bevoorradingszekerheid, ten aanzien van de tussenkomende partij dwingende maatregelen te nemen om voorrang te geven aan de bestellingen van Defensie, en anderzijds betreffende de vrees dat andere staten de export van wapens en munitie zouden verbieden, feitelijke en juridische grondslag missen.

Zij stelt in essentie dat richtlijn 2009/43/EG, omgezet in het Vlaamse en het Waalse Wapenhandeldecreet, reeds in de mogelijkheid voorziet om exportvergunningen in te trekken, en dat de vrees dat andere staten de export van wapens en munitie zouden verbieden, zeer hypothetisch is.

48. De bekritiseerde motieven in de bestreden gunningsbeslissing luiden als volgt (zie overweging 3.12):

“2. Keuze van de aanbestedingsmethode

Voor het huidige partnerschap wordt besloten om rechtstreeks met FN Herstal S.A. door middel van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB) te [handelen].

Rechtvaardiging

Artikel 25, 1°, b) van de [wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011] bevestigt dat de overheidsopdrachten enkel mogen worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners, enkel in zeer specifieke gevallen. Een daarvan is de verwijzing naar de uitzondering van artikel 346 VWEU. Het gebruik van één enkele leverancier wordt gerechtvaardigd door het feit dat FN Herstal S.A. de enige Belgische fabrikant van wapens en munitie van klein kaliber is die aan alle vijf vlakken van het partnerschap kan voldoen, en dat alleen de locatie van de munitievoorraad en de productiefaciliteiten op het nationale grondgebied het mogelijk zou maken de essentiële veiligheidsbelangen die door de Federale regering op 28 oktober 2016, via [het document ‘De Belgische belangen op het vlak van Defensie en veiligheidsbeleid’], vastgesteld werden, te verwezenlijken. De strategische autonomie vereist dat België in geval van een conflict beperkende of dwingende maatregelen kan nemen om voorrang te geven aan de bestellingen van Defensie, wat onmogelijk zou zijn met een buitenlandse onderneming. Bovendien zou een buiten het nationale grondgebied gevestigde onderneming door de uitvoer- of overdrachtsregels van haar land verboden kunnen worden om uitrusting naar België uit te voeren of over te dragen, zelfs binnen de EU of de NAVO, aangezien de overdracht van militair materieel tussen lidstaten een nationale bevoegdheid blijft.
[...].”

49. De door de verzoekende partij aangehaalde overwegingen van richtlijn 2009/43/EG luiden als volgt:

- “(2) De verdragsbepalingen tot oprichting van de interne markt zijn van toepassing op alle goederen en diensten die tegen vergoeding worden geleverd, met inbegrip van defensiegerelateerde producten, maar sluiten onder bepaalde omstandigheden niet uit dat lidstaten andere maatregelen nemen in individuele gevallen waarin zij dat noodzakelijk achten om hun wezenlijke veiligheidsbelangen te beschermen.
- (3) De wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten inzake de overdracht van defensiegerelateerde producten binnen de Gemeenschap vertonen verschillen die het verkeer van deze producten binnen de Gemeenschap kunnen belemmeren en die de mededinging binnen de interne markt kunnen verstoren, wat een belemmering vormt voor innovatie, industriële samenwerking en het concurrentievermogen van de defensie-industrie in de Europese Unie.
- [...]
- (5) Dergelijke beperkingen op het verkeer van defensiegerelateerde producten binnen de Gemeenschap kunnen in het algemeen niet worden weggenomen door een rechtstreekse toepassing van de in het Verdrag vastgelegde beginselen van vrij verkeer van goederen en diensten,

aangezien die beperkingen van geval tot geval kunnen worden gerechtvaardigd overeenkomstig de artikelen 30 of 296 van het Verdrag [thans 346 VWEU], die de lidstaten kunnen blijven toepassen indien aan de voorwaarden ervan is voldaan.

- (6) De betrokken wet- en regelgevingen van lidstaten moeten daarom zodanig worden geharmoniseerd dat zij de intracommunautaire overdracht van defensiegerelateerde producten vereenvoudigen om de behoorlijke werking van de interne markt te waarborgen. Deze richtlijn heeft enkel betrekking op regels en procedures voor defensiegerelateerde producten en laat bijgevolg het beleid van de lidstaten betreffende de overdracht van defensiegerelateerde producten onverlet.

[...]

- (13) Gezien de in deze richtlijn gegeven vrijwaringsen ter bescherming van die doelstellingen, zouden de lidstaten niet langer andere beperkingen voor het bereiken van die doelstellingen hoeven in te voeren of te handhaven, behoudens de artikelen 30 en 296 van het Verdrag [thans 346 VWEU].”

De overdracht van defensiegerelateerde producten tussen de lidstaten is in beginsel slechts toegestaan na voorafgaande toestemming (artikel 4, lid 1, van richtlijn 2009/43/EG). De mogelijkheid om een exportverbod op te leggen, is voorzien in artikel 4, lid 9, van richtlijn 2009/43/EG (en omgezet in het Vlaamse en het Waalse Wapenhandeldecreet), dat luidt:

“De lidstaten kunnen een door henzelf afgegeven overdrachtsvergunning op elk moment intrekken, schorsen of het gebruik ervan beperken ter bescherming van hun wezenlijke veiligheidsbelangen, of om redenen van openbare orde of openbare veiligheid, of omdat de bepalingen en voorwaarden van de overdrachtsvergunning niet in acht genomen worden.”

50. De Raad van State stelt vooreerst vast dat in artikel 1, leden 2 en 3, van richtlijn 2009/43/EG wordt bepaald dat deze richtlijn de beslissingsvrijheid van de lidstaten in het exportbeleid voor defensiegerelateerde producten onverlet laat. Bovendien is de toepassing van deze richtlijn onderworpen aan (onder meer) artikel 346 VWEU (zie ook de overwegingen 5 en 6 van de richtlijn).

Met de verwerende partij wordt voorts vastgesteld dat de verzoekende partij tegenstrijdig is in haar betoog waar zij aanvoert, enerzijds, dat

Defensie niet hoeft te vrezen voor een exportverbod vanuit het buitenland in tijden van crisis, en anderzijds, dat Defensie steeds, middels een exportverbod als bedoeld in richtlijn 2009/43/EG, zoals omgezet, voorrang zal kunnen doen verlenen aan de bestellingen voor eigen personeel.

De mogelijkheid voor lidstaten bepaald in artikel 4, lid 9, van richtlijn 2009/43/EG, om overdrachtsvergunningen voor defensiegerelateerde producten in te trekken “ter bescherming van hun wezenlijke veiligheidsbelangen” lijkt op het eerste gezicht inderdaad precies te bevestigen dat de verwerende partij afhankelijk kan zijn van een door een andere lidstaat verleende exportvergunning, wat de essentiële veiligheidsbelangen in gevaar kan brengen. De omstandigheid dat de verwerende partij met toepassing van deze regelgeving eveneens exportverboden kan opleggen, lijkt niet weg te nemen dat zij dit motief mee in overweging kan nemen ter rechtvaardiging van het beoogde partnerschap ter bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen.

51. De verwerende partij beaamt in haar nota dat “[d]e noodzaak om naast internationale samenwerking ook een [eigen] strategische autonomie op te bouwen als vangnet in crisistijden, [niet uit de lucht is gegrepen en eveneens wordt] erkend in buurlanden die zich in dezelfde geopolitieke context bevinden”. Zij verwijst daarbij naar de nota van de Nederlandse regering van 2018 betreffende de Defensie Industrie Strategie. Zij verwijst ook naar een raamovereenkomst die de Finse overheid in 2023 om dezelfde redenen heeft gesloten met een wapenfabrikant op nationaal grondgebied, hetgeen door de nationale rechter in hoger beroep werd aanvaard in het kader van de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU (beslissing van het Marktenhof van 17 mei 2024, nr. 284/2024). Voorts wijst zij op de ondertussen talrijke voorbeelden van weigeringen om militair materiaal te leveren aan Oekraïne, en andere voorbeelden van weigeringen tot levering tussen NAVO-partners en zelfs EU-lidstaten, zoals onder meer de weigering van Frankrijk om aan België gevechtsrantsoenen te leveren ondanks het bestaan van een partnerschap hieromtrent, en per analogie de exportblokkeringen van mondmaskers en vaccins tijdens de coronacrisis.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat, ondanks deze voorbeelden, de vrees voor bevoorradingsstekorten die mede aan de grondslag ligt van het partnerschap, louter hypothetisch zou zijn.

52. Het derde onderdeel, ten tweede, is niet ernstig.

Geen louter economische belangen

53. De verzoekende partij argumenteert, in het derde onderdeel, ten derde, dat de bestreden beslissingen leiden tot een partnerschap dat niet is gefocust op veiligheidsbelangen, maar economische belangen als grondslag heeft.

54. Hiervoor werd reeds geoordeeld dat het beoogde partnerschap op het eerste gezicht wel degelijk de bescherming van essentiële veiligheidsbelangen nastreeft en dat de bestreden gunningsbeslissing daaromtrent afdoende is gemotiveerd.

Zoals voorts reeds geoordeeld in het schorsingsarrest nr. 258.383 lijken noch de voornoemde Interpretatieve Mededeling van 7 december 2006, noch de rechtspraak van het Hof van Justitie zich te verzetten tegen een afgeleid economisch of maatschappelijk voordeel (*return*), in de vorm van kennis, technologie en werkgelegenheid, van de maatregel genomen op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU, voor zover de genomen maatregel primair de veiligheidsbelangen dient.

De verzoekende partij maakt op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de economische effecten van het beoogde partnerschap meer dan secundaire effecten zijn en bijgevolg geen afwijking op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU, zouden kunnen rechtvaardigen.

55. In zoverre de verzoekende partij thans bijkomend aanvoert dat de beslissing om een specifieke industriële capaciteit aan te houden met het oog op

bevoorradingszekerheid “exclusief” dient gebaseerd te zijn op een essentieel veiligheidsbelang, en het nastreven van secundaire economische belangen verboden zouden zijn, lijkt zij deze interpretatie op het eerste gezicht af te leiden uit een onjuiste lezing van de *Guidance Note ‘Security of Supply’* van de DG Interne markt en diensten van de Europese Commissie (2010). In deze nota lijkt integendeel te worden bevestigd dat de maatregel genomen op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU, primair de veiligheidsbelangen moet dienen, maar lijken secundaire economische effecten geenszins te worden uitgesloten.

56. De in de bestreden beslissing opgenomen motivering dat er essentiële veiligheidsbelangen zijn die de verwerende partij wil beschermen, “met name de oprichting van een stevige Belgische Defensie Technologische en Industriële Basis (BTIDB) en de versterking van de strategische autonomie in geval van een crisis of een conflict, belangen die veel verder gaan dan industriële en economische overwegingen”, voldoet aan de formele motiveringsverplichting.

57. Het derde onderdeel, ten derde, is niet ernstig.

Vierde onderdeel

58. In een vierde onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de keuze om de gehele samenwerking met de tussenkomende partij voor een duur van twintig jaar onder te brengen onder artikel 346, lid 1, b), VWEU, niet voldoet aan de vereiste van evenredigheid en proportionaliteit. Volgens haar kan het vooropgestelde doel wél met minder beperkende maatregelen worden bereikt, met name door beroep te doen op de mogelijkheden die richtlijn 2009/81/EG en richtlijn 2009/43/EG, zoals omgezet in de Belgische rechtsorde, bieden. Minstens zou de formele motivering desbetreffend niet afdoende zijn.

59. Ook wat dit vierde onderdeel betreft, lijkt in de eerste plaats te kunnen worden verwezen naar het voornoemde schoringsarrest nr. 258.383 van 10 januari 2024, waar inhoudelijk eenzelfde kritiek als volgt, werd beoordeeld:

“37. Luidens de voornoemde Interpretatieve Communicatie van de Europese Commissie blijkt uit de tekst van artikel 346, lid 1, b), VWEU dat de discretionaire bevoegdheid van de lidstaten om de wijze te bepalen waarop zij hun wezenlijke veiligheidsbelangen zullen beschermen, niet onbeperkt is. Bijgevolg moet de lidstaat die zich op de uitzondering van die bepaling beroept, aantonen dat de genomen maatregel ‘conform het evenredigheidsbeginsel niet verder gaat dan passend en noodzakelijk is ter bereiking van het beoogde doel’ (HvJ 4 september 2014, Schiebel Aircraft, C-474/12, punt 37, met verwijzing naar de arresten van 15 mei 1986, Johnston / Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, C-222/84, punt 38, en 13 juli 2000, Albore, C-423/98, punt 19). Anders gesteld, dient de lidstaat aan te tonen dat in de behoefte aan de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen niet had kunnen worden voorzien in het kader van een oproep tot mededinging als bedoeld in richtlijn 2009/81/EG (zie HvJ 7 september 2023, Commissie/Polen, C-601/21, punt 82 en de verwijzing bij analogie naar HvJ 20 maart 2018, Commissie/Oostenrijk (Staatsdrukkerij), C-187/16, punten 78 en 79 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Ook de overwegingen 16 en 17 van richtlijn 2009/81/EG zijn in dit verband relevant:

‘(16) De artikelen [oud] 30, 45, 46, 55 en 296 (thans 346) van het Verdrag voorzien in specifieke uitzonderingen op de toepassing van de Verdragsbeginselen en, in het verlengde daarvan, op de toepassing van het van deze beginselen afgeleide recht.

(...)

Dit kan zowel het geval zijn voor opdrachten op het gebied van defensie als voor opdrachten op het gebied van veiligheid, waar zodanig strenge vereisten op het gebied van bevoorradingszekerheid nodig zijn of die zo vertrouwelijk en/of belangrijk voor de nationale soevereiniteit zijn dat zelfs de specifieke bepalingen van deze richtlijn niet volstaan om de essentiële veiligheidsbelangen van de lidstaten te vrijwaren, waarvan de bepaling een exclusieve verantwoordelijkheid van de lidstaten is.

(17) In overeenstemming met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen mag de mogelijkheid om van deze uitzonderingen gebruik te maken evenwel niet aldus worden uitgelegd dat de werking ervan verder gaat dan strikt noodzakelijk is ter bescherming van de rechtmatige belangen die deze bepalingen helpen te vrijwaren. Derhalve moet de niet-toepassing van deze richtlijn evenredig zijn met de nagestreefde doelstellingen en het vrije verkeer van goederen en het vrij verrichten van diensten zo min mogelijk belemmeren.’

38. Uit de stukken van het administratief dossier, deels vertrouwelijk (de synthesesnota dossier AVA en het beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting, bijlage C), deels niet-vertrouwelijk (de uittreksels uit deze stukken, zie overweging 9), kan worden afgeleid op grond van welke [...] motieven de verwerende partij geoordeeld heeft dat de

essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk vergen dat de opdracht kan worden geplaatst zonder een beroep te doen op de mededinging.

39. Uit de voornoemde uittreksels blijkt dat de verwerende partij wel degelijk heeft onderzocht of de doelstelling te komen tot een sterke ‘Defensie-Technologische en Industriële Basis’ ook zou kunnen worden bereikt met minder beperkende maatregelen.

In de eerste plaats heeft de verwerende partij daarbij onderzocht of een samenwerking met een niet in België gelokaliseerde onderneming die doelstelling kan realiseren. In het uittreksel uit bijlage C gevoegd bij het beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting wordt uiteengezet dat het feit dat de onderneming in België is gevestigd tot voordeel heeft dat België, in geval van een conflict of een crisis, beperkende of dwingende maatregelen kan nemen om voorrang te geven aan de bestellingen van Defensie, of zelfs indien nodig in te grijpen in de productiefaciliteiten van de contractant, wat onmogelijk zou zijn met een buitenlandse onderneming. In het geval van een conflict of een crisis kan het voor een onderneming die buiten het nationale grondgebied is gevestigd, verboden worden om materiaal naar België uit te voeren op grond van de uitvoer- of overdrachtsregels van het eigen land, en dit zelfs binnen de Europese Unie, aangezien de overdracht van militair materiaal tussen de lidstaten een nationale bevoegdheid blijft. Er is dus geen sprake van een gegarandeerde bevoorradingszekerheid. Daarbij wordt verwezen naar concrete voorbeelden die aantonen dat de levering van lichte wapensystemen en bijhorende munitie van dermate groot belang is dat België het zich niet kan veroorloven om afhankelijk te zijn van een andere staat. In het bijzonder wat de levering van munitie betreft, wordt gesteld dat deze steeds moeilijker te verkrijgen is, zowel kwantitatief als kwalitatief, en dat grondstoffen schaars en duur zijn, waarbij elke lidstaat zich ervan bewust wordt dat de eigen belangen voorrang dienen te krijgen, wat de export moeilijker maakt. Defensie heeft bijgevolg behoefte aan een Belgische [DTIB] en Belgische kenniscentra die internationaal kunnen concurreren op strategisch belangrijke technologische gebieden zoals systeemverwerving en -ondersteuning. Het niet toepassen van richtlijn 2009/81/EG is daarom essentieel voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen en verantwoordt volgens de verwerende partij de afwijking op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU. De verwerende partij maakt aldus op het eerste gezicht aannemelijk dat een partnerschap met een nationale onderneming noodzakelijk is om de nationale strategische autonomie te verwerven en te behouden.

Daargelaten de vraag of de verzoekende partij, zijnde een buitenlandse onderneming, belang heeft bij dit aspect van de beoordeling, stelt de Raad van State vast dat de verwerende partij, in de tweede plaats ook heeft onderzocht of de doelstelling kan worden gerealiseerd door, overeenkomstig de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, onderhandelingen te voeren met meerdere ondernemingen binnen België. Zij maakt daarbij op het eerste gezicht aannemelijk dat FN Herstal de enige fabrikant is van lichte wapensystemen en bijhorende munitie, en dat het openen van het

partnerschap naar andere Belgische ondernemingen niet (of slechts deels) zou toelaten de doelstelling van de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen te behalen. Voorts, dat enkel het beoogde partnerschap (en niet een klassieke opdracht) toelaat clausules in te schrijven die een operationele prioriteit verlenen aan België.

40. Zoals gesteld, maakt de verwerende partij op het eerste gezicht aannemelijk dat het beoogde partnerschap noodzakelijk is voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van België. Zij maakt daarbij ook aannemelijk dat om dit te bereiken een partnerschap nodig is van lange duur, dat zowel sterk als flexibel is, en waarbij FN Herstal de onderscheiden onderdelen zal kunnen garanderen, namelijk het behoud van het patrimonium, het preventief, correctief en evolutief onderhoud, het beheer van het patrimonium, de ‘engineering, consulting en onderzoek & ontwikkeling’, de huur van wapens of wapensystemen, en de levering van munitie. Voorts blijkt nog uit passages uit bijlage C gevoegd bij het beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting die vertrouwelijk zijn gebleven maar die de Raad van State heeft kunnen inzien, dat de concrete looptijd van twintig jaar mede verantwoording vindt in verifieerbare boekhoudkundige redenen van afschrijving van investeringen.

41. Gelet op het voorgaande, toont de verzoekende partij niet aan dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid te buiten gegaan is door te oordelen dat te dezen geen minder ingrijpende maatregelen genomen konden worden om de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk te waarborgen.

De beslissing om de opdracht te plaatsen zonder een beroep te doen op de mededinging, lijkt op het eerste gezicht dan ook in redelijkheid verantwoord te kunnen worden.”

60. De Raad van State treedt deze beoordeling bij in de onderhavige procedure.

In de bestreden gunningsbeslissing wordt nogmaals gesteld dat het te bereiken doel niet met minder beperkende maatregelen kan worden bereikt, aangezien de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen alleen kan worden bereikt door de locatie van de munitievoorraad en de productiefaciliteiten op het nationale grondgebied (met verwijzing naar de argumentatie voor de keuze van één enkele leverancier op het nationale grondgebied), en dat de niet-toepassing van richtlijn 2009/81/EG van essentieel belang is voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen zoals gedefinieerd door de Belgische regering op 28 oktober 2016.

De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht aldus wel degelijk te hebben onderzocht of de doelstelling om te komen tot een sterke DTIB ook zou kunnen worden bereikt met minder beperkende maatregelen, zoals door beroep te doen op de mogelijkheden voorzien in richtlijnen 2009/81/EG en 2009/43/EG.

De argumenten die de verzoekende partij bijkomend aanvoert in vergelijking met de procedure die heeft geleid tot voornoemd schorsingsarrest nr. 258.383, worden hierna beoordeeld.

61. Wat de mogelijkheden betreft die richtlijn 2009/81/EG biedt, zoals omgezet in de Belgische rechtsorde, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht te kunnen worden bijgevalen in zoverre zij stelt dat, naast de bevoorradingszekerheid (van munitie en kleine wapens), ook “de gehanteerde systeemvisie vereist dat één enkele leverancier de opdracht op zich neemt”, en dat “de nationale DTIB [...] verder ontwikkeld en versterkt [dient] te worden met een tailormade knowhow om de operationaliteit van Defensie te optimaliseren”. Het lijkt op het eerste gezicht niet onredelijk om ervan uit te gaan dat de versterking van de nationale DTIB vereist dat de industriële en technologische kennis zich in België bevindt.

Zoals de verwerende partij stelt, lijken de gunningscriteria inzake bevoorradingszekerheid die overeenkomstig artikel 24 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 kunnen worden bepaald, tot doel te hebben te verzekeren dat de onderneming een (punctuele) opdracht zal kunnen volbrengen. Ze lijken evenwel niet de situaties van conflict of crisis te beogen waarin dergelijke garanties hun kracht verliezen en die de uitvoering van de opdracht kunnen beletten. De overdracht van defensiegerelateerd materiaal blijft immers de exclusieve bevoegdheid van elk van de lidstaten van de Europese Unie en de NAVO. De productie van deze strategische uitrusting lijkt bijgevolg op het eerste gezicht op het eigen grondgebied te moeten gebeuren, wil Defensie de bevoorrading ook in tijden van crisis en conflict kunnen verzekeren.

In zoverre de verzoekende partij voorts om verscheidene redenen de verwijzing naar de schaarste en de hogere kostprijs van de grondstoffen hekelt, blijkt de situatie op het eerste gezicht meer genuanceerd te zijn dan zij voorstelt. De verwerende partij verwijst onder meer naar het feit dat de tussenkomende partij dankzij gediversifieerde en gekwalificeerde supplybronnen wel degelijk haar voorraden kan veiligstellen, en het partnerschap deze onderneming bovendien toestaat om langetermijncontracten te sluiten met de nodige leveranciers om dit te bewerkstelligen. Het argument dat zulke voorraadtekorten slechts tijdelijke fenomenen zouden zijn, weegt volgens haar niet op tegen het belang van de strategische autonomie, aangezien ook een tijdelijk fenomeen de soevereiniteit van België op kritieke momenten zou kunnen aantasten. Die argumentatie komt de Raad van State niet als onredelijk voor.

62. Wat de mogelijkheden betreft die richtlijn 2009/43/EG biedt, zoals omgezet in het Vlaamse en het Waalse Wapenhandeldecreet, wordt verwezen naar de beoordeling van het derde onderdeel, ten tweede (overwegingen 47 tot 52).

De verwerende partij licht nog bijkomend toe dat enkel een “partnerschap” (en geen punctuele aankoop van wapens en munitie) de invoeging van prioriteitsclausules mogelijk maakt. Dergelijke clausules kunnen zich immers ook toespitsen op “*research & development*” en op specifieke aanpassingen aan de uitrusting teneinde de operationaliteit ervan zo snel mogelijk te optimaliseren in tijden van conflict of crisis. Ook dit aspect lijkt op het eerste gezicht een belangrijk deel te kunnen uitmaken van de te beschermen essentiële veiligheidsbelangen.

63. Het vierde onderdeel is niet ernstig.

B. Nieuw middel

Uiteenzetting van het middel

64. In haar pleitnota voert de verzoekende partij een nieuw middel aan, afgeleid uit de schending van artikel 24 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) “samen gelezen met artikel 346, lid 1, (b), VWEU, en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de formele motiveringsplicht [die zij afleidt uit de] artikel[en] 2 en 3 van de [motiveringswet]”, van artikel 5 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 “en het daarin vervatte beginsel van gelijke behandeling en transparantie”, alsook van artikel 10 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden,

“Doordat, eerste onderdeel, de verwerende partij in de bestreden beslissingen bevestigt dat een gecombineerde opdracht werd geplaatst die betrekking heeft op militaire en civiele aanwending van lichte wapens en munitie, zonder daarbij voorafgaand in het licht van artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten te beoordelen in welke mate beide aspecten in eenzelfde opdracht kunnen worden gecombineerd;

Terwijl alleszins voor wat betreft de aankoop van lichte wapens en munitie door politiediensten vaststaat dat dit onderdeel van de opdracht niet zonder meer kan worden ondergebracht onder artikel 346, lid 1 (b) VWEU, maar in toepassing van artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten het voorwerp moet zijn van een afzonderlijke opdracht;

En terwijl minstens uit de bestreden beslissingen zou moeten blijken dat in functie van artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten formeel werd gemotiveerd dat een gezamenlijke plaatsing binnen eenzelfde opdracht mogelijk zou zijn;

En terwijl de zorgvuldigheidsplicht de verwerende partij ertoe verplicht om alle nodige feitelijke en juridische afwegingen voorafgaand aan de plaatsing van de gehele opdracht te doorlopen, voordat de participatie van de Geïntegreerde Politie verder wordt voorbereid;

En doordat, tweede onderdeel, voor zover er (nog) geen sprake zou zijn van een opdracht die mede voor de Geïntegreerde Politie zou zijn ‘geplaatst’ in de zin van artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten, er onmiskenbaar onderhandelingen hebben plaatsgevonden met de tussenkomende partij voor de levering van onder andere munitie en lichte wapens aan de Geïntegreerde Politie, en er zelfs een overeenkomst werd uit onderhandeld voor de Geïntegreerde Politie, en dusdanig concrete voorstellen en prijzen zijn

ingediend door de tussenkomende partij dat deze kennelijk het voorwerp konden uitmaken van een gunningsverslag;

Terwijl het voeren van dergelijke contractbesprekingen in een onderhandeling zonder voorafgaande bekendmaking, buiten de context van een geplaatste opdracht, ingaat tegen de beginselen van gelijkheid en transparantie die voortvloeien uit artikel 5 van de Wet Defensie en Veiligheid;

En terwijl de tussenkomende partij, door wetens en willens aan dergelijke contractbesprekingen voor de Geïntegreerde Politie deel te nemen, handelingen stelt die de eerlijke mededinging vertekenen in de zin van artikel 10 van de Wet Defensie en Veiligheid; en terwijl artikel 10, lid 1 van de Wet Defensie en Veiligheid de verwerende partij er in dat geval toe verplicht om de betreffende inschrijver uit te sluiten van deelname aan de opdracht; zodat de tussenkomende partij voor de gehele opdracht had moeten worden uitgesloten.”

Het middel bestaat uit twee onderdelen.

65. In een eerste onderdeel licht de verzoekende partij toe dat de tweevoudige overweging, zoals bedoeld in artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2016, moet gebeuren met het oog op de plaatsing van de opdracht, waarbij dit begrip “plaatsing” in artikel 2, lid 1, 37°, van de wet wordt gedefinieerd als volgt: “procedure voor het uitschrijven van een overheidsopdracht, die in voorkomend geval de volgende aspecten omvat: de voorafgaande marktconsultatie, de bekendmaking, de selectie, de gunning en de sluiting van de opdracht”. De verzoekende partij leidt uit die bepaling af dat het moment waarop een opdracht wordt geplaatst, het moment is waarop de procedure een aanvang neemt.

Zij vervolgt dat thans uit het administratief dossier blijkt dat de onderhandelaars mee voor de geïntegreerde politie afspraken omtrent het aanbod en de prijszetting van de tussenkomende partij hebben onderhandeld, dat een ontwerp van overeenkomst werd goedgekeurd, die mee betrekking had op de geïntegreerde politie, en dat ter voorbereiding van de Ministerraad van 26 april 2024 een gunningsverslag is opgesteld met daarin een analyse van het voorstel van de tussenkomende partij ten aanzien van de geïntegreerde politie.

Op 17 november 2023 werd bijgevolg een opdracht geplaatst, met het oog op een partnerschap niet alleen met Defensie maar ook met de geïntegreerde politie. Dat er nog geen toewijzing van de opdracht namens de geïntegreerde politie, noch een gunning of een sluiting van de opdracht daarmee heeft plaatsgevonden, staat volgens haar dan ook niet eraan in de weg dat de verwerende partij de besluitvorming van 17 november 2023 zelf interpreteert als het plaatsen van een opdracht voor de geïntegreerde politie.

De beslissingen van de Ministerraad en de bevoegde minister van 17 november 2023, en de met de voorliggende vordering bestreden beslissingen van de Ministerraad en de bevoegde minister van 26 april 2024 moeten dan ook mede gesteund zijn op artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2016. Dit is echter niet het geval. Hieruit vloeit volgens de verzoekende partij eveneens een schending voort van de formele motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

66. In een tweede onderdeel licht de verzoekende partij toe dat, voor zover er geen sprake zou zijn van een voor de geïntegreerde politie geplaatste opdracht, alsdan niet valt in te zien op welke basis de tussenkomende partij met de verwerende partij onderhandelingen heeft kunnen voeren die betrekking hebben op de levering van goederen en diensten ten behoeve van de geïntegreerde politie.

Ondanks het uitgangspunt dat de geïntegreerde politie niet betrokken zou zijn in het partnerschap met de tussenkomende partij, heeft deze laatste wetens en willens contractbesprekingen gevoerd en bijgedragen aan de totstandkoming van een overeenkomst, zonder dat daartoe een overheidsopdrachtenprocedure is doorlopen. Hiermee stelt de tussenkomende partij mededingingsvertekenende handelingen in de zin van artikel 10 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 en artikel 5 van de wet overheidsopdrachten 2016, in welk geval een algehele verplichting tot het weren van de offerte geldt.

Daarnaast staat het volgens de verzoekende partij vast dat de tussenkomende partij een oneerlijk voordeel verkrijgt door te kunnen

onderhandelen over leveringen van goederen en diensten aan de geïntegreerde politie, zonder dat dit gebeurt in de context van een overheidsopdrachtenprocedure en zonder dat de verwerende partij voorafgaandelijk heeft onderzocht of dit onderdeel van de opdracht gezamenlijk met de opdracht ten behoeve van Defensie kan worden geplaatst. Bijgevolg staat ook de schending vast van artikel 5 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de daarin vervatte beginselen van gelijkheid en transparantie.

Beoordeling

67. Zoals hiervoor reeds is overwogen (overweging 5.2), voorziet de procedureregeling niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota als een processtuk neer te leggen. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. Dit is ook het geval voor een nieuw middel, voor zover dat steunt op gegevens die de verzoekende partij pas kon kennen bij inzage van de stukken van het administratief dossier.

68. De verzoekende partij stelt in haar pleitnota dat zij dit middel niet eerder kon aanvoeren aangezien het gesteund is op feiten waarvan zij pas kennis kon nemen na kennisneming van de nota en het administratief dossier.

Zij stelt meer in het bijzonder dat het nieuwe middel uitgaat van de “vaststelling” dat de opdracht reeds op 17 november 2023 – dus van bij de aanvang – blijkt te zijn geplaatst met het oog op een eventuele deelname van de geïntegreerde politie, in tegenstelling tot eerdere beweringen van de verwerende partij. De verzoekende partij stelt thans voor het eerst vast dat de deelname van de geïntegreerde politie in het aankoopdossier mee is onderhandeld en een gunningsverslag en een ontwerpcontract (in een eerste versie) in die zin werden opgesteld.

69. Op het eerste gezicht lijkt de vaststelling dat de procedure voor een eventuele deelname van de geïntegreerde politie reeds een “aanvang” heeft genomen, evenwel niet nieuw te zijn.

Uit de procedure die aanleiding heeft gegeven tot het schorsingsarrest nr. 258.383 van 10 januari 2024 blijkt immers dat de verwerende partij niet heeft verhuld dat het partnerschap initieel bedoeld was om ook open te staan voor de geïntegreerde politie, wel integendeel. Zij maakte toen onder meer gewag van het advies van de inspecteur-generaal van Financiën geaccrediteerd bij de federale politie van 14 juli 2023, “aangezien het de bedoeling is dat de Geïntegreerde Politie zich zou aansluiten bij het bedoelde partnerschap”. Specifiek wat de adviezen van de inspecteurs-generaal van Financiën betreft, vroeg zij hiervan de vertrouwelijkheid omdat deze “overwegingen in verband met operationele en technische aspecten, evenals budgettaire ramingen van Defensie en de Geïntegreerde Politie” bevatten. Voorts stelde zij, in haar verweer tegen het middel afgeleid uit de schending van artikel 24, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, de in die bepaling gestelde voorwaarde reeds te hebben onderzocht en te hebben besloten dat er volgens haar “wel degelijk objectieve redenen zijn die aantonen dat de deelname van de Geïntegreerde Politie aan dit samenwerkingsverband gerechtvaardigd is”, verwijzend naar een advies van een advocatenkantoor en het verslag van de interkabinettenwerkgroep van 27 september 2023.

70. De verzoekende partij maakt aldus niet aannemelijk dat zij haar nieuw middel niet eerder had kunnen aanvoeren.

Dit geldt des te meer nu zij in haar verzoekschrift in de huidige procedure reeds een “opmerking m.b.t. de participatie van de Geïntegreerde Politie” heeft gemaakt, waarin zij zelf ervan uitgaat, zoals de verwerende partij in haar nota heeft bevestigd, dat “de Geïntegreerde Politie” nog een aanvechtbare beslissing zal moeten nemen om al dan niet toe te treden, reden waarom zij het niet nodig acht een middel met betrekking tot haar deelname aan het partnerschap te moeten aanvoeren.

De Raad van State stelde in het voornoemd schorsingsarrest nr. 258.383 vast dat de beslissing van de Ministerraad van 17 november 2023 geen betrekking heeft op de deelname van de federale politie aan het partnerschap (overweging 32). Ook thans stelt de Raad van State vast dat noch de bestreden beslissing van de Ministerraad van 26 april 2024, noch de bestreden gunningsbeslissing van dezelfde datum voorziet in deelname van de geïntegreerde politie aan het partnerschap (zie overweging 30, hiervoor). Op dat vlak is de feitelijke en juridische situatie ongewijzigd: wat de geïntegreerde politie betreft, zal desgevallend nog steeds een aanvechtbare beslissing moeten worden genomen om haar aan het partnerschap met de tussenkomende partij te laten deelnemen.

In het bijzonder wat het eerste onderdeel van het nieuwe middel betreft, lijkt het nieuw gegeven dat tot het nieuw middel aanleiding zou kunnen geven, dan ook niet de voornoemde “vaststelling” te zijn, doch wel de redenering die de verzoekende partij thans voor het eerst ophangt aan het begrip “plaatsing” in artikel 24, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, zoals gedefinieerd in artikel 2, 37°, van die wet. Zij voert thans voor het eerst aan dat de tweevoudige overweging als bedoeld in artikel 24, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 moet gebeuren op het ogenblik dat de opdracht wordt geplaatst, “met andere woorden het moment waarop de procedure een aanvang neemt”, en niet op het moment dat de opdracht wordt gegund. Zij maakt evenwel niet aannemelijk dat zij deze redenering niet reeds eerder had kunnen voeren.

71. Onverminderd het voorgaande, stelt de Raad van State vast, gelet op de aard van de twee onderdelen, dat de daarin aangevoerde onrechtmatigheden niet zodanig evident lijken dat kan worden gesteld dat over alle aspecten van dit middel ter terechtzitting een ernstig debat kon worden gevoerd.

Het middel nader onderzoeken zou, gelet op de concrete omstandigheden, het recht op tegenspraak van de verwerende partij en de tussenkomende partij op onevenredige wijze beperken.

Tevens lijkt te kunnen worden verwacht dat een pleitnota met een nieuw middel zo spoedig mogelijk na kennisneming van de gegevens waarop

dat nieuwe middel steunt aan de Raad van State en de verwerende partij wordt bezorgd. Te dezen hebben de verzoekende partijen hun uit het administratief dossier gebleken middel pas daags vóór de terechtzitting aan de verwerende partij en de tussenkomende partij meegedeeld. Terecht tekenen laatstgenoemden hiertegen ter terechtzitting bezwaar aan en noemen zij die handelwijze een deloyale praktijk die zich bezwaarlijk met hun recht van verdediging laat verenigen.

De omstandigheid dat het middel, zoals de verzoekende partij *in fine* van haar pleitnota nog aanvoert, “alleszins [...] de openbare orde” raakt – daargelaten of dit werkelijk zo is – doet hieraan geen afbreuk.

72. Het nieuwe middel is onontvankelijk.

IX. Besluit

73. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv FN Herstal tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een bijdrage van 24 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zevenentwintig juni tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens