

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.383 van 10 januari 2024
in de zaak A. 240.651/XII-9432**

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 4 december 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Ministerraad van 17 november 2023 waarbij werd besloten tot de oprichting van een multinationalaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

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 19 december 2023.

Staatsraad Patricia de Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Wouter Moonen, Thomas Christiaens en Manon De Weser, die verschijnen voor de verzoekende partij en luitenant-kolonel Maarten Kerckofs en luitenant Marie-Sofie Thiriaux, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 multinational 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 onderhandelingsprocedure 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 multinationalaal 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 (hierna: beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting).

Op dezelfde datum legt de minister van Defensie dit dossier ook voor aan de Ministerraad, overeenkomstig artikel 3, lid 1, 2°, b), van het koninklijk besluit van 3 april 2013 ‘betreffende de tussenkomst van de

Ministerraad, de overdracht van bevoegdheid en de machtigingen inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, prijsvragen en concessies op federaal niveau' (hierna: het koninklijk besluit van 3 april 2013).

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

3.6. Overeenkomstig een administratief protocol gesloten tussen de bijzondere commissie Legeraankopen en -verkoop van de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de minister van Defensie van 17 mei 2017 wordt de 'synthesenota dossier AVA' aan de bijzondere commissie meegedeeld. Op 25 oktober 2023 deelt de voorzitter van de commissie mee dat "na afloop van de bespreking geen bezwaren werden geopperd inzake het voortzetten van de procedure".

3.7. 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 overheidsopdrachtenprocedure.

3.8. 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 onderhandelingsprocedure 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".

3.9. Eveneens op 17 november 2023 ondertekent de minister van Defensie als bevoegde ordonnateur de voornoemde 'Aanvraag Voorafgaand Akkoord'.

3.10. Met een brief van 30 november 2023 vraagt de verzoekende partij, met toepassing van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’ (hierna: wet openbaarheid bestuur), om haar een afschrift te bezorgen van “[h]et gemotiveerde besluit zoals bekrachtigd bij Ministerraad van 17 november 2023 tot bevestiging van de indeplaatsstelling (*sic*) van een multinationalaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen”, het voorstel van de minister van Defensie dat op die Ministerraad is goedgekeurd, en de adviezen die naar aanleiding van deze besluiten zijn verstrekt, waaronder de nota van de Inspectie van financiën.

IV. Rechtspleging

4.1. De verzoekende partij dient een pleitnota in.

4.2. 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 aanvullende nota een reactie vormt op dergelijke nieuwe feiten, kan ze bij de zaak worden betrokken. In zoverre de aanvullende nota 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.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken – administratief dossier

Standpunt van de partijen

5. De verwerende partij voegt een reeks stukken bij het administratief dossier die zij als vertrouwelijk aanmerkt. Het betreft, onder meer, de AVA (stuk 1), de synthesenota dossier AVA (stuk 2), de adviezen van de inspecteurs van financiën (stukken 3 en 4), de verslagen van de Interkabinettenwerkgroep (IKW) (stukken 5 en 5-2), het beroep tegen deze

adviezen, ingesteld door de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting (stuk 6), en de nota voor de Ministerraad (stuk 12).

Zij vraagt met aandrang om een vertrouwelijke behandeling van deze stukken, die defensie- en veiligheidsbelangen betreffen, met toepassing van artikel 58 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet). Zij wijst er ook op dat nog geen gunningsbeslissing is genomen, zodat, overeenkomstig artikel 42, § 2, tweede lid, van de rechtsbeschermingswet, derden geen toegang mogen hebben tot de documenten betreffende de procedure. Ten slotte is volgens haar de vertrouwelijkheid van alle stukken van het vertrouwelijk administratief dossier ook verantwoord in het licht van artikel 6, § 1, 4°, van de wet openbaarheid bestuur, aangezien het beoogde partnerschap onder meer het behoud van het patrimonium en het onderhoud van klein kaliber bewapening van Defensie betreft, en dus de veiligheid en verdediging van het land. Wat de toegang tot de stukken met betrekking tot de beraadslaging in de Ministerraad betreft, verwijst de verwerende partij nog naar artikel 6, § 2, 3°, van de wet openbaarheid bestuur luidens hetwelk de beraadslagingen van de federale regering geheim zijn, en wat de adviezen van de inspecteurs van financiën betreft, naar een brochure van het Interfederaal korps van de Inspectie van financiën van juli 2012 en naar het koninklijk besluit van 20 december 2007 ‘houdende vaststelling van de deontologische code van het Interfederaal korps van de Inspectie van financiën’, waarin de vertrouwelijkheid van die adviezen wordt erkend.

6. De verzoekende partij stelt in haar pleitnota dat, voor zover de verwerende partij steunt op artikel 6, § 1, 4°, en § 2, 3°, van de wet openbaarheid bestuur, deze wet niet de vertrouwelijke behandeling van stukken in een procedure voor de Raad van State betreft en zij te dezen niet van toepassing is.

Voor zover de verwerende partij zich beroept op de artikelen 42, § 2, tweede lid, en 58 van de rechtsbeschermingswet, kan volgens haar niet zonder meer worden aangenomen dat alle stukken die betrekking hebben op de

toetsing aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, b), VWEU vertrouwelijk zouden zijn. Artikel 58 van de rechtsbeschermingswet bevestigt dat de verhaalinstantie een afweging moet maken tussen de vertrouwelijkheid van gegevens enerzijds en het recht van verweer anderzijds, en dat ervoor moet worden gezorgd dat “de procedure als geheel het recht op een eerlijk proces eerbiedigt”. Zij verwijst naar rechtspraak betreffende vertrouwelijkheid in procedures bij uiterst dringende noodzakelijkheid waarin de Raad van State oordeelt dat het lichten van de vertrouwelijkheid niet vereist is wanneer “de essentiële inhoud van die stukken in de nota met opmerkingen is opgenomen”, “zodat de verzoekende partij reeds kennis heeft kunnen nemen van deze passages en deze aan uitvoerige kritiek heeft onderworpen”, wat volgens de verzoekende partij *a contrario* betekent dat de verwerende partij zich niet zonder meer op de vertrouwelijkheid van *quasi* het volledige administratieve dossier mag beroepen wanneer zij ook in haar nota inhoudelijk niet ingaat op de bestreden beslissing.

Zij verzoekt de Raad van State om na te gaan of alle als vertrouwelijk aangeduide stukken werkelijk uitsluitend informatie bevatten die voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen vertrouwelijk dient te blijven, en om in elk geval de verzoekende partij inzage te geven in die delen van de vertrouwelijke stukken die de essentiële veiligheidsbelangen van België niet in het gedrang brengen. Mocht de Raad besluiten dat de vertrouwelijke stukken in deze fase toch volledig vertrouwelijk dienen te blijven, gaat de verzoekende partij ervan uit dat hij, in navolging van zijn vaste rechtspraak, de vertrouwelijke stukken zal betrekken in de beoordeling van de aangevoerde middelen.

Beoordeling

7. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de verwerende partij de vertrouwelijke behandeling vraagt afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven. Er belet de Raad van State dus alvast op formeel vlak niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

8. Overeenkomstig artikel 58 van de rechtsbeschermingswet moet de Raad van State een adequaat niveau van vertrouwelijkheid en het recht op eerbiediging van zakengeheimen waarborgen met betrekking tot de gegevens, die vervat zijn in de door de betrokken partijen, in het bijzonder door de aanbestedende instantie die het volledige dossier dient over te leggen, aan haar toegezonden dossiers. De Raad dient bij zijn optreden gedurende de hele procedure de defensie- of veiligheidsbelangen te eerbiedigen. Het komt de Raad toe te oordelen “in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van deze gegevens moeten worden verzoend met de eerbiediging van het recht van verweer en ervoor wordt gezorgd dat de procedure als geheel het recht op een eerlijk proces eerbiedigt”.

Het is op grond van deze bepaling dat de Raad van State ertoe kan worden gebracht om het recht van de partijen op toegang tot de bij de Raad ingediende gegevens af te wegen tegen de vertrouwelijkheid van zakengeheimen en geheimen die verband houden met defensie- of veiligheidsbelangen, en om te beslissen dat de toegang tot bepaalde gegevens geheel of gedeeltelijk moet worden geweigerd of ten minste moet worden georganiseerd volgens modaliteiten die hij vaststelt.

9. Een dergelijke afweging is te dezen in de eerste plaats gemaakt door het auditoraat. Op zijn verzoek om “in de mate van het mogelijke, de vertrouwelijkheid van de stukken ter ondersteuning van de toepassing van artikel 346 VWEU, te willen heroverwegen en het administratief dossier te willen aanvullen met een niet-vertrouwelijke versie”, heeft de verwerende partij bij e-mailbericht van 13 december 2023 niet-vertrouwelijke uittreksels uit twee vertrouwelijk neergelegde stukken meegedeeld. Het betreft stuk 2 en stuk 6, “en dan voornamelijk de bijlage C van dit vertrouwelijk stuk, m.n. de argumenten van Defensie tegen de ongunstige adviezen van de Inspecteur-generaal van Financiën”, waarbij “de vrijgegeven informatie enkel betrekking heeft op de toepassing van artikel 346 VWEU op het beoogde partnerschap met FN. In deze uittreksels zijn er nog bepaalde passages zwart gemaakt omdat deze informatie in dit stadium van de procedure vertrouwelijk is en moet blijven”.

In de tweede plaats heeft de verwerende partij, op vraag van de Raad van State, ter zitting het punt uit de nota voor de Ministerraad van 16 november 2023 voorgelezen dat de Ministerraad blijkens de notificatie van 17 november 2023 heeft goedgekeurd (zie overweging 3.8).

10. De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van de overige vertrouwelijk gehouden passages van de stukken 2 en 6, of van de overige als vertrouwelijk neergelegde stukken, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken inderdaad gegevens bevatten die onder het zakengeheim van FN Herstal vallen, dan wel de veiligheidsbelangen van Defensie kunnen schaden.

Voorts blijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet te zijn gehinderd, bij het aanvoeren van middelen tegen de bestreden beslissing, door het feit dat deze passages en stukken vertrouwelijk zijn gebleven. Zij heeft daarentegen de mogelijkheid gekregen om in haar pleitnota bijkomende argumenten of middelen aan te voeren naar aanleiding van de neerlegging van de niet-vertrouwelijke uittreksels uit de voornoemde stukken 2 en 6.

Er blijkt op het eerste gezicht niet hoe de niet-inzage van de overige, vertrouwelijk gehouden, passages van de stukken 2 en 6, en van de overige als vertrouwelijk neergelegde stukken, te dezen afbreuk zou doen aan haar recht op een eerlijk proces.

11. Hoe dan ook belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken. Zoals zal blijken uit de beoordeling van de middelen, is het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken niet noodzakelijk voor de oplossing van het geschil.

12. In de huidige stand van het geding lijken er bijgevolg geen redenen om de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk aangemerkte stukken.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering – nadere omschrijving van het voorwerp

Excepties

13. De verwerende partij werpt in haar nota twee excepties van onontvankelijkheid van de vordering op.

13.1. Zij werpt in de eerste plaats op dat, wanneer een beslissing van een bepaalde administratieve overheid afhankelijk is van het akkoord van een andere overheid, het verlenen van dit akkoord geen definitief nadeel doet ontstaan en deze beslissing dan ook niet aanvechtbaar is. In dat geval hangt het namelijk af van de houding van de beslissende overheid of er een definitief nadeel ontstaat.

Te dezen is de vordering tot schorsing niet gericht tegen een gunningsbeslissing, doch tegen het voorafgaand akkoord van de Ministerraad. De minister van Defensie is in deze fase niet verplicht om door te gaan met het beoogde multinationaal strategisch partnerschap. De beslissing van de Ministerraad is bijgevolg te beschouwen als een louter voorbereidende handeling, waarvan de onwettigheid desgevallend wel kan worden aangevoerd tegen de eindbeslissing van de complexe administratieve verrichting die ze mee heeft voorbereid, maar die zelf als zodanig niet ontvankelijk met een vordering tot schorsing kan worden bestreden. De bestreden beslissing ontnemt met andere woorden niet elke discretionaire bevoegdheid aan de minister van Defensie, zodat ze niet beschouwd kan worden als een definitief griefhoudende beslissing die aanvechtbaar is.

Bovendien zijn, overeenkomstig artikel 35 van de rechtsbeschermingswet, enkel de artikelen 36, 37, 39 tot 42, 46 tot 48 en 55 tot 59 van deze wet van toepassing op de in artikel 346, lid 1, b), VWEU bedoelde defensieopdrachten. Krachtens artikel 36, eerste lid, 1°, van deze wet stelt de

aanbestedende instantie aldus een gemotiveerde beslissing op wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Voorts mag deze aanbestedende instantie, conform artikel 36, tweede lid, de bovenvermelde formele gemotiveerde beslissing *a posteriori* opstellen en de motieven ervan opnemen in haar gunningsbeslissing. De minister van Defensie die te dezen de aanbestedende overheid is, dient in deze hoedanigheid een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze beslist een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te gebruiken. Zij mag deze gemotiveerde beslissing *a posteriori* opstellen, en meer bepaald ter gelegenheid van haar gunningsbeslissing. Met des te meer reden kan de beslissing van de Ministerraad beschouwd worden als een louter voorbereidende handeling en zodoende niet als een aanvechtbare handeling.

13.2. In het verlengde van de eerste exceptie, werpt de verwerende partij ook op dat de vordering, ingesteld vooraleer de beroepstermijn begint te lopen, voorbarig is, tenzij de bestreden beslissing bij het instellen ervan reeds is genomen. Dit is te dezen echter evident niet het geval, daar de gunningsbeslissing nog niet genomen werd. Krachtens artikel 55, § 1, van de rechtsbeschermingswet is de voorliggende verhaalprocedure dan ook onontvankelijk daar ze niet binnen de termijn ingesteld werd.

Beoordeling

14. De voornoemde ‘Aanvraag Voorafgaandelijk Akkoord’ van de Algemene Directie Material Resources, Divisie Overheidsopdrachten, van het ministerie van Defensie van 30 juni 2023 strekt ertoe het akkoord van de minister te verkrijgen voor het dossier gericht op de oprichting van een multinational strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen.

Zoals de verwerende partij uiteenzet in haar nota, is het doel van een ‘Aanvraag Voorafgaandelijk Akkoord’ (AVA) “het verkrijgen van de goedkeuring van de bevoegde ordonnateur over de belangrijkste kenmerkende elementen van een dossier zoals de opportuniteit, de plaatsingsprocedure, de raming, de budgettaire aanrekening alsmede een aantal belangrijke elementen die de verwervingsprocedure zullen bepalen (zoals bijvoorbeeld de toepasselijke

overheidsopdrachtenwetgeving). Eens dit akkoord verkregen, kan de plaatsingsprocedure van start gaan (afhankelijk van de procedure: publicatie, verspreiding van het bestek, enz.). Het akkoord wordt desgevallend voorafgegaan door een reeks adviezen in het kader van de interne en de externe controle, in functie van de aard en het bedrag van de overheidsopdracht.”

Overeenkomstig artikel 3, § 1, 2°, b), van het koninklijk besluit van 3 april 2013 dienen evenwel, vóór het opstarten van de gunningsprocedure, de voorstellen van overheidsopdrachten die bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking als bedoeld in artikel 25 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 worden geplaatst, en waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger dan 1.250.000 euro voor overheidsopdrachten voor leveringen, eerst ter goedkeuring aan de Ministerraad worden voorgelegd.

De goedkeuring van de Ministerraad van 17 november 2023 houdt in dat “Defensie [wordt toegelaten] het contract via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking [...] te plaatsen voor Defensie”.

Zoals gesteld in de nota en zoals ook blijkt uit het vertrouwelijk administratief dossier heeft de minister van Defensie als bevoegde ordonnateur, na de goedkeuring van de Ministerraad, de voornoemde ‘Aanvraag Voorafgaand Akkoord’ eveneens op 17 november 2023 ondertekend. De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht hiermee reeds te hebben beslist in dit dossier gebruik te zullen maken van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, waarbij enkel FN Herstal zal worden uitgenodigd.

15. Deze goedkeuring van de Ministerraad en dit navolgend akkoord van de minister van Defensie zijn te dezen te beschouwen als onderdelen van een complexe administratieve rechtshandeling die uiteindelijk zullen uitmonden, in voorkomend geval, in een eindbeslissing van de minister van Defensie waarbij een strategisch partnerschap met FN Herstal wordt aangegaan.

Zolang de eindbeslissing niet tot stand is gekomen, mag een administratieve overheid steeds, zo zij daartoe gegronde redenen heeft, “beslissen om niet te beslissen” en, met andere woorden, haar besluitvorming stopzetten. Dit gegeven doet evenwel geen afbreuk aan de aanvechtbaarheid van wat in het

normale verloop van de voorgeschreven procedure voorkomt als een onmiddellijk griefhoudende vóórbeslissing, te weten een beslissing die eigen, dadelijk werkende rechtsgevolgen heeft en aldus onmiddellijk en beslissend de inhoud van de eindbeslissing voor een deel of geheel bepaalt, en die zodoende een direct en definitief nadeel aan de verzoekende partij berokkent omdat ze haar kansen in rechte determineert.

De voornoemde goedkeuring van de Ministerraad en het voornoemde akkoord van de minister van Defensie zijn te dezen vóórbeslissingen die voor de verzoekende partij wel degelijk griefhoudend zijn, aangezien zij als gevolg van die beslissingen wordt uitgesloten van de toewijzingsprocedure. Zoals de Raad van State heeft gewezen in algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak, in zijn arrest nr. 152.174 van 2 december 2005 inzake *nv Amec Spie*, mag een partij voor wie een voorbereidende handeling griefhoudend is daartegen onmiddellijk beroep instellen.

16. De verzoekende partij kon bij het formuleren van het voorwerp in haar verzoekschrift enkel steunen op het persbericht dat door de FOD Kanselarij van de Eerste Minister werd gepubliceerd naar aanleiding van de vergadering van de Ministerraad van 17 november 2023. Luidens dit persbericht gaat de Ministerraad, op voorstel van de minister van Defensie, akkoord met respectievelijk de gunning van een overheidsopdracht en de opstart van vijf andere opdrachten voor Defensie, waaronder “de indeplaatsstelling (*sic*) van een multinationaal strategisch partnerschap met FN Herstal inzake lichte wapensystemen”. Zij heeft dan ook enkel deze goedkeuring van de Ministerraad aangevochten.

Met het oog op een goede rechtsbedeling wordt de vordering tot schorsing evenwel geacht ook tegen het navolgend akkoord van de minister van Defensie van 17 november 2023 te zijn gericht.

17. Gelet op het voorgaande, is de vordering tot schorsing ingesteld tegen de twee bedoelde beslissingen evenmin voorbarig.

18. De excepties worden verworpen.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

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

20. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 346, lid 1, (b), VWEU, “samen met het redelijkheids- en het proportionaliteitsbeginsel [...] voortvloeiend uit de toepassing van artikel 346, lid 1, (b) VWEU”, artikel 24 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de materiële motiveringsplicht en artikel 36, eerste lid, 6°, van de rechtsbeschermingswet.

Zij acht deze artikelen en beginselen geschonden:

“[...] Doordat de verwerende partij ervoor opteert om aan de hand van de bestreden beslissing een langdurige opdracht voor de levering van o.a. kleine wapens en munitie zonder voorafgaande mededinging toe te wijzen aan FN Herstal in toepassing van artikel 364, lid 1, (b) VWEU;
[...] Terwijl de toepassing van artikel 346, lid 1, (b) VWEU aan strenge toepassingsvoorwaarden is onderworpen en de opdracht in kwestie deze voorwaarden niet vervult;
[...] En terwijl alleszins voor wat betreft de aankoop van kleine 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 [met] toepassing van artikel 24 van de Wet Overheidsopdrachten het voorwerp moet zijn van een afzonderlijke opdracht;
[...] En terwijl de verwerende partij alleszins kennelijk onevenredig en buitenproportioneel handelt wanneer zij een alomvattend en niet concreet

gedefinieerd partnerschap voor het leveren van kleine wapens en munitie voor een periode van 20 jaar in zijn geheel aan de mededinging onttrekt; en terwijl de verwerende partij vergelijkbare individuele opdrachten in het verleden wel aan de mededinging onderwierp; [...] En terwijl er alleszins geen pertinente of draagkrachtige motieven zijn veruitwendigd die de toepassing van artikel 346, lid 1, (b) VWEU in deze verantwoorden, te meer in het licht van het negatieve advies hieromtrent van de Inspectie Financiën, waaraan de bestreden beslissing voorbijgaat.”

De verzoekende partij betoogt dat (1) niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU, (2) de keuze om de gehele samenwerking met FN Herstal voor een duur van twintig jaar onder te brengen onder die bepaling kennelijk buitenproportioneel is, en (3) de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd.

21. De verzoekende partij licht deze drie argumenten nader toe.

21.1. In wat als een eerste onderdeel kan worden beschouwd, voert zij aan dat te dezen niet is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU. Daarvoor is vereist dat de opdracht, gelet op wezenlijke veiligheidsbelangen, niet vatbaar is voor een toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten (en een minder ingrijpende oplossing mag niet volstaan), en dat de opdracht betrekking heeft op militair materiaal.

21.1.1. Vooreerst is er volgens de verzoekende partij geen sprake van een aankoop die raakt aan een wezenlijk veiligheidsbelang dat de mededinging onmogelijk zou maken.

De rechtspraak van het Hof van Justitie bevestigt weliswaar dat de lidstaten in eerste instantie zelf hun veiligheidsbelangen dienen te bepalen, maar bevestigt daarbij eveneens dat de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU slechts onder restrictief te interpreteren omstandigheden mogelijk is. De aankoop van kleine wapens en munitie vereist op zich geen toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU en kan perfect worden ondergebracht onder het toepassingsgebied van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 en 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). Het recente aankoopbeleid van de FOD Defensie (lees: het ministerie van Landsverdediging) toont in die zin aan dat Defensie zelf ervan uitgaat dat het leveren van kleine wapens en munitie betrekking heeft op overheidsopdrachten die onder de toepassing van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 en richtlijn 2009/81/EG vallen. De verzoekende partij verwijst naar overheidsopdrachten voor de levering van kleine wapens en munitie die de FOD Defensie (lees: het ministerie van Landsverdediging) recent nog in de markt plaatste. De verwerende partij ondergraaft hiermee zelf de geloofwaardigheid van enig motief dat de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU in deze zou verantwoorden. De verzoekende partij verneemt in de pers dat de Inspectie van financiën zich eerder ook al kritisch opstelde in dit licht en negatief adviseerde over de voorziene samenwerking tussen de verwerende partij en FN Herstal.

21.1.2. Vervolgens betoogt de verzoekende partij dat de opdracht minstens ten dele betrekking heeft op materiaal dat geen militair materiaal is.

De opdracht is, minstens ten dele, ook gericht op de levering van wapens aan civiele diensten, zoals de Federale Politie. Artikel 346, lid 2, VWEU bevestigt evenwel dat artikel 346, lid 1, (b), VWEU enkel van toepassing is op de (militaire) producten vermeld in de bij besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958 vastgestelde lijst van wapenen, munitie en oorlogsmateriaal (hierna: besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958).

Voor zover er een geloofwaardige verbondenheid zou zijn tussen de aankopen voor Defensie en die voor de Federale Politie, zou volgens de verzoekende partij uit de bestreden beslissing minstens moeten blijken dat de overweging als bedoeld in artikel 24 van de wet overheidsopdrachten 2016 werd gemaakt. Op grond van deze bepaling moet de aanbestedende overheid, wanneer een opdracht betrekking heeft op de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU en op de wet overheidsopdrachten 2016, beoordelen of beide onderdelen van de opdracht objectief gezien deelbaar zijn. Een dergelijke beoordeling ontbreekt te dezen.

21.1.3. Ten slotte betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing leidt tot een partnerschap dat niet gefocust is op veiligheidsbelangen, maar economische en industriële belangen als grondslag heeft.

Uit alle berichtgeving over de bestreden beslissing blijkt dat een aantal economische of industriële overwegingen worden vooropgesteld als oogmerk in de totstandkoming van het partnerschap met FN Herstal. Deze berichtgeving toont aan dat de bestreden beslissing minstens ten dele gericht is op het versterken van de economische positie van FN Herstal, dat volledig in handen is van het Waalse Gewest. Daarbij valt het op dat in de volgende fasen van de samenwerking ook andere Europese landen mee zouden kunnen instappen in het partnerschap. Het partnerschap is er bijgevolg op gericht om zonder enige voorafgaande mededinging of transparantie aan FN Herstal een partnerschap voor twintig jaar aan te bieden, dat toelaat bepaalde investeringen te doen en productiecapaciteit op te bouwen, om vervolgens een sterke positie in te nemen binnen de interne markt van de Europese Unie. Een samenwerking met een dergelijk oogmerk kan volgens haar niet worden opgezet met toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU, zoals in de Interpretatieve Communicatie van de Europese Commissie van 7 december 2006 ‘betreffende de toepassing van artikel 296 VEG’ [thans artikel 346 VWEU] (COM (2006)779) wordt bevestigd.

21.2. De verzoekende partij stelt vervolgens, in wat als een tweede onderdeel kan worden beschouwd, dat de keuze om de gehele samenwerking met FN Herstal voor een duur van twintig jaar onder te brengen onder artikel 346, lid 1, (b), VWEU, alleszins kennelijk buitenproportioneel is.

Naast de besproken toepassingsvoorwaarden van artikel 346, lid 1, (b), VWEU, geldt dat deze bepaling slechts aanleiding kan geven tot het rechtstreeks toewijzen van een opdracht die raakt aan essentiële veiligheidsbelangen voor zover deze maatregel noodzakelijk is. 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 leiden tot de conclusie dat alternatieven niet dezelfde garanties inzake wezenlijke nationale veiligheidsbelangen zouden kunnen bieden. Aan de hand van de bestreden beslissing zet de verwerende partij met FN Herstal een twintig jaar durend partnerschap op voor de aankoop van kleine wapens en munitie, alsook voor het onderhoud en reparaties, het aanleggen van stocks, en onderzoek en ontwikkeling. Een dergelijke toewijzing van een zeer ruim omschreven opdracht, zonder enige vorm van mededinging met toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU is volstrekt buitenproportioneel en dus in strijd met het evenredigheids- en proportionaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en zoals vervat in artikel 346, lid 1, (b), VWEU zelf. Zelfs voor zover bepaalde onderdelen van de beoogde samenwerking tussen de verwerende partij en FN Herstal al zouden raken aan de wezenlijke veiligheidsbelangen zoals bedoeld in artikel 346 VWEU, dan nog kan dit geen reden zijn om voor het geheel een twintig jaar durende samenwerking aan te gaan met een ruim omschreven voorwerp en een waarde van 1,7 miljard euro zonder enige voorafgaande vorm van mededinging. In dat geval had de verwerende partij minstens de afweging moeten maken welke onderdelen van de beoogde samenwerking dan desgevallend met toepassing van artikel 346 VWEU rechtstreeks kunnen worden toegewezen, en welke onderdelen afzonderlijk en overeenkomstig de wetgeving inzake overheidsopdrachten worden voorafgegaan door een vorm van mededinging. Door een dergelijke afweging niet te maken, is de bestreden beslissing kennelijk onevenredig. In de voornoemde Interpretatieve Communicatie bevestigt de Europese Commissie dat de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU steeds *in concreto* en geval per geval moet worden beoordeeld. Pas indien uit een dergelijke toetsing, geval per geval, zou blijken dat een rechtstreekse toewijzing van de opdracht noodzakelijk is, is de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU verantwoord. In die zin valt volgens de verzoekende partij niet in te zien hoe de verwerende partij een dergelijke concrete beoordeling “geval per geval” zou hebben kunnen maken voor een globaal partnerschap voor de aankoop van generiek omschreven producten (zoals “kleine wapens en munitie”) over een termijn van twintig jaar en voor een waarde van 1,7 miljard euro.

21.3. De verzoekende partij voert aan, in wat als een derde onderdeel kan worden beschouwd, dat de bestreden beslissing niet afdoende is gemotiveerd.

Voor zover de bestreden beslissing een motivering over de toepassing van artikel 346, lid 1, (b), VWEU zou bevatten, moet hieruit blijken dat de beslissing, in het licht van de aangevoerde middelen, steunt op draagkrachtige motieven. Indien dergelijke motieven ontbreken, staat de schending van de materiële motiveringsplicht vast.

Voorts is het de verzoekende partij onduidelijk of de bestreden beslissing alle elementen bedoeld in artikel 37, 1°, 3° en 9°, van de rechtsbeschermingswet bevat. Indien deze elementen niet in de bestreden beslissing staan, staat de schending van artikel 37 van de rechtsbeschermingswet en de daarin vervatte motiveringsplicht vast.

22. In haar nota gaat de verwerende partij in op deze onderdelen.

22.1. Wat het eerste onderdeel betreft, antwoordt de verwerende partij dat wel is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 346, lid 1, b) VWEU. Op basis van de opeenvolgende arresten van het Europees Hof van Justitie inzake de interpretatie van artikel 346 VWEU kunnen volgens de verwerende partij vier cumulatieve voorwaarden afgeleid worden in verband met de correcte toepassing van dit artikel:

- “1) 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).
- 2) Er zijn essentiële veiligheidsbelangen die de lidstaat wil beschermen (noodzakelijkheidsbeginsel).
- 3) Er is een verband tussen de bescherming van deze essentiële veiligheidsbelangen en de voorgestelde overheidsopdracht.
- 4) Het te bereiken doel kan niet met minder beperkende maatregelen worden bereikt (evenredigheidsbeginsel).”

22.1.1. Voor een gedetailleerde toepassing van deze vier voorwaarden op het beoogde partnerschap met FN Herstal, verwijst de verwerende partij in haar nota naar de in het administratief dossier vertrouwelijk neergelegde stukken 2 en 6, waarvan nadien evenwel niet-vertrouwelijke uittreksels werden bezorgd (zie overweging 9).

Wat de voorwaarde van de essentiële veiligheidsbelangen betreft, stelt de verwerende partij in haar nota dat het beoogde partnerschap met FN Herstal moet worden beschouwd als de ontwikkeling van een nationale Defensie-Technologische en Industriële Basis (hierna: DTIB), dat als een essentieel veiligheidsbelang voor België werd erkend. Zij verwijst hiervoor naar het publiek document ‘De Belgische belangen op het vlak van Defensie en veiligheidsbeleid’, dat de Ministerraad op 28 oktober 2016 heeft goedgekeurd. Ontkennen dat dit partnerschap een dergelijke nationale DTIB zou vormen, betekent *ipse facto* het negeren van de beslissing van de Ministerraad van 28 oktober 2016 die de essentiële veiligheidsbelangen definieert. Alleen het beoogde partnerschap van FN Herstal kan een “voorzieningszekerheid” (lees: bevoorradingszekerheid) garanderen die operationele autonomie mogelijk maakt en in alle omstandigheden een autonoom nationaal defensiebeleid mogelijk maakt.

De bescherming van de nationale essentiële veiligheidsbelangen heeft als hoofdobjectief dat de Belgische Staat een betrouwbare partner kan blijven zowel op Europees niveau als ten opzichte van de NAVO. Om hieraan te voldoen is België bijvoorbeeld verplicht om een performante industriële en technologische basis te hebben en te ontwikkelen in het domein van defensie: het behoud van deze industriële en technologische basis wordt beschouwd als een essentieel veiligheidsbelang voor ons land. Op die manier kan België bijdragen aan de versterking van de industriële en technologische Europese basis voor Defensie, zoals aangeprezen door de Europese Unie. De verwerende partij verwijst hiervoor naar hoofdstuk 2 ‘De Belgische essentiële veiligheidsbelangen die betrekking hebben op de aanschaf en ondersteuning van wapens, munitie en oorlogsmateriaal’, punt a, ‘Een gebalanceerde capacitaire samenwerking’ van het voornoemde document van 28 oktober 2016, waar *in fine* wordt gesteld dat het een essentieel veiligheidsbelang

is “om te beschikken over een nationale DTIB in een aantal domeinen teneinde een afhankelijkheid in een partnerschap beheersbaar te maken zodanig dat de nationale autonomie voor operationele inzet niet wordt aangetast en teneinde zelf een wezenlijke bijdrage te kunnen bieden binnen het partnerschap”.

In hoofdstuk 3 ‘Key Enabling Technological Defence and Security Applications (KETA)’ van hetzelfde document worden op basis van het voornoemde essentieel veiligheidsbelang ook de essentiële ondersteunende technologische toepassingen bepaald die ter beschikking van Defensie gesteld moeten worden en die in aanmerking genomen moeten worden indien Defensie artikel 346, 1, b), VWEU inroept. Deze toepassingen hebben betrekking op vijf domeinen, met name: ‘Systemen en subsystemen voor defensie- en veiligheidstoepassingen’, ‘Command, Control, Communication, Computers and Intelligence (C4I), sensoren en gegevensverwerking’, ‘Geavanceerde materialen en onderdelen’, ‘Trainings- en simulatiesystemen’, en ‘Bescherming van informatiesystemen’. De voorliggende opdracht ressorteert onder tenminste twee van de bovenstaande toepassingen, namelijk ‘Systemen en subsystemen voor defensie- en veiligheidstoepassingen’ en ‘Geavanceerde materialen en onderdelen’, zoals ook vermeld staat in het beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting.

De verwerende partij vervolgt dat in het verlengde hiervan in het ‘STAR-plan’, dat op 17 juni 2022 door de Ministerraad werd goedgekeurd, de versterking van de nationale industriële en technologische defensiebasis als één van de speerpunten van Defensie wordt erkend. Opdat België een multilateraal solidaire veiligheidspartner zou kunnen blijven in de geschetste veiligheidsomgeving, wordt in dat plan “de noodzaak van een wezenlijke solidaire nationale bijdrage aan het onderzoek, de ontwikkeling, de integratie, de productie, de ondersteuning en de doorontwikkeling van (niche)capaciteiten in het domein van veiligheid en defensie” erkend. Dit heeft geleid tot principebeslissing nr. 8 in het STAR-plan, die luidt als volgt: “In samenspraak met de andere bevoegde regionale en federale actoren zal Defensie volop de ontwikkeling, implementatie en monitoring van een *Defence Industry and Research Strategy* (DIRS) ondersteunen die er mee voor zorgt dat investeringen in het Defensiedomein voor capacitaire ontwikkeling van *research and development* maximaal terugvloeien naar de maatschappij onder de vorm van

kennis, technologie en werkgelegenheid, in lijn met de vigerende nationale en Europese wetgeving (...).” Uit dit principe volgt het engagement van de Belgische overheid om een strategie voor defensie, industrie en onderzoek (*‘Defence Industry and Research Strategy’* – DIRS) te ontwikkelen en te verankeren voor de uitbouw en de ondersteuning van het nationaal wetenschappelijk, technologisch en industrieel potentieel in het domein van veiligheid en defensie. Ook in het beroep van de minister van Defensie bij de staatssecretaris voor Begroting wordt expliciet de link gelegd met dit STAR-plan.

22.1.2. Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft dat de opdracht minstens ten dele betrekking heeft op materiaal dat geen militair materiaal is, gelet op de aankopen voor de Geïntegreerde Politie, stelt de verwerende partij dat er wel degelijk objectieve redenen zijn die aantonen dat de deelname van de Geïntegreerde Politie aan dit samenwerkingsverband gerechtvaardigd is. Zij verwijst hiervoor naar de redenen uiteengezet in het IKW-verslag van 27 september 2023, dat zij vertrouwelijk neerlegt.

22.1.3. Wat de kritiek van de verzoekende partij betreft dat het beoogde partnerschap niet is gefocust op veiligheidsbelangen zoals bedoeld in artikel 346, lid 1, b), VWEU, maar economische en industriële belangen als grondslag heeft, spreekt de verwerende partij dit tegen.

Zij verwijst naar de eerder vermelde doelstellingen in het STAR-plan, waarvan de versterking van de nationale industriële en technologische defensiebasis één van de speerpunten is, verwijzend naar het voornoemde principe nr. 8. Dit STAR-plan en meer specifiek de *Defence Industry and Research Strategy* (DIRS) van dit plan bouwen voort op het principe van de nationale DTIB, waarvan de uitbouw dus als een essentieel veiligheidsbelang werd erkend in 2016. Het is volgens de verwerende partij dan ook evident dat deze elementen, die integraal deel uitmaken van het partnerschap, hogere doeleinden nastreven dan de zogenaamde “louter economische en industriële belangen”.

De verwerende partij verwijst in haar nota naar vijf elementen die op een meer uitgebreide wijze worden toegelicht in het als vertrouwelijk

neergelegd stuk 6, bijlage C (waarvan evenwel nadien een niet-vertrouwelijk uittreksel werd bezorgd, zie overweging 9). Het partnerschap zal het wetenschappelijk, technologisch en industrieel nationaal potentieel kunnen ontwikkelen en ondersteunen, wat precies de doelstelling is van de DIRS. Een dergelijke ontwikkeling en ondersteuning vindt logischerwijze plaats in de vorm van investeringen (tweede en vierde element), dit alles om een zo efficiënt mogelijke operationaliteit van Defensie te garanderen. Dergelijke investeringen hebben tot doel zowel de strategische autonomie van de staat te verhogen, als de Belgische Staat een betrouwbare partner te laten blijven zowel op Europees niveau (vijfde element) als ten opzichte van de NAVO. Hierbij speelt ook de versterking van de Europese strategische autonomie een belangrijke rol. Het gegeven dat deze kennis verder ontwikkeld en vergaard wordt op Belgisch grondgebied (in de vorm van extra werkplaatsen (derde element) en een bijkomende productielijn (eerste element)) kadert dan ook in de bovenstaande doelstellingen. De bevoorradingszekerheid werd in overweging 16 van richtlijn 2009/81/EG overigens uitdrukkelijk erkend als mogelijke rechtvaardiging voor het gebruik van artikel 346, lid 1, b), VWEU. De verwerende partij verwijst voorts naar de *Guidance Note 'Security of Supply'* van de DG Interne markt en diensten van de Europese Commissie (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 is van oordeel dat deze conclusies ook in de door de verzoekende partij aangehaalde berichtgeving kunnen worden gevonden, mits geen eenzijdige lezing gehanteerd wordt.

22.2. Wat het tweede onderdeel betreft, repliceert de verwerende partij dat deze kritiek van de verzoekende partij, namelijk dat het beoogde partnerschap met FN Herstal niet voldoet aan de vereisten inzake evenredigheid en proportionaliteit van artikel 346, lid 1, b), VWEU, overeenstemt met de gelijkaardige kritiek van de inspecteur van financiën, waarop de minister van Defensie reeds een uitgebreid antwoord heeft gegeven in haar beroep bij de staatssecretaris voor Begroting, zowel wat het vermeende monopolie van FN

Herstal, als wat de duur van het beoogde partnerschap betreft. De verwerende partij verwijst dan ook naar de (vertrouwelijke) informatie aldaar.

22.3. Wat het derde onderdeel betreft, merkt de verwerende partij voorafgaand op dat de verzoekende partij de formele en materiële motiveringsplicht door elkaar lijkt te halen, en het middel in dit opzicht met een niet-ontvankelijkheid *obscuri libelli* behept is.

Wat de materiële motivering betreft, nodigt de verwerende partij de Raad van State uit om vast te stellen, op grond van de motivering in de vertrouwelijke stukken, dat de bestreden beslissing wel draagkrachtige motieven bevat. Zo worden bijvoorbeeld in de nota voor de Ministerraad de motieven toegelicht in verband met de voorgestelde aankoopprocedure, met name de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, en worden ook de behoefte en de gevraagde hoeveelheden gerechtvaardigd. De verwerende partij verwijst ook naar haar toelichting in haar huidige nota betreffende het voldoen aan de vier cumulatieve voorwaarden om artikel 346 VWEU te mogen toepassen. Er kan dus alvast geen sprake zijn van een schending van de materiële motiveringsplicht, daar uit de voormelde stukken blijkt dat de overheid de in rechte en in feite juiste gegevens correct beoordeeld heeft en op grond daarvan in redelijkheid tot de bestreden beslissing is gekomen.

In de mate dat de verzoekende partij alsnog doelt op de schending van de formele motiveringsplicht, verwijst de verwerende partij naar de bespreking van het tweede middel, waarin tot de conclusie wordt gekomen dat, aangezien de gunningsbeslissing vooralsnog niet plaatsgevonden heeft, de verwerende partij overeenkomstig artikel 36, tweede lid, van de rechtsbeschermingswet het recht heeft om de motieven voor de keuze van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking pas in de gunningsbeslissing op te nemen.

Beoordeling

A. Toepasselijke reglementering

23. Artikel 346 VWEU luidt:

“1. De bepalingen van dit Verdrag 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 gemeenschappelijke 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, sub b, van toepassing zijn, die hij op 15 april 1958 heeft vastgesteld.”

24. De Raad van State stelt vast dat de artikelen 175 tot 188 van de wet overheidsopdrachten 2016, onder het opschrift ‘Wijzigingen van de wet defensie en veiligheid’, in titel 5 ‘Slot-, wijzigings-, opheffings- en diverse bepalingen’ van die wet, nog niet in werking zijn getreden.

Luidens artikel 193 van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt de Koning immers de datum van inwerkingtreding van deze wet (behoudens uitzonderingen die te dezen niet relevant zijn). Een dergelijk koninklijk besluit is met betrekking tot titel 5 nog niet genomen. Anders dan de verzoekende partij betoogt in haar pleitnota naar aanleiding van de door de verwerende partij opgeworpen excepties, kan uit de inwerkingtreding van de titels 2 en 3 niet worden afgeleid dat de Koning ook titel 5 impliciet in werking heeft doen treden. In het bijzonder zijn de artikelen 180, 183, 187 en 188 van de wet overheidsopdrachten 2016, respectievelijk tot vervanging van artikel 15 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, tot opheffing van artikel 25, 1°, b) van dezelfde wet, tot invoeging van een titel 3/1 in dezelfde wet, en tot invoeging van een artikel 43/1 in dezelfde wet, nog niet in werking getreden.

25. Artikel 15 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, in de versie die op dit ogenblik nog van kracht is, luidt:

“Deze wet is van toepassing op de overheidsopdrachten die worden geplaatst op defensie- en veiligheidsgebied en die betrekking hebben op:

1° de levering van militair materiaal, inclusief onderdelen, componenten en/of assemblagedelen;
2° de levering van gevoelig materiaal, inclusief onderdelen, componenten en/of assemblagedelen;
3° werken, leveringen en diensten die rechtstreeks met het onder 1° en 2° genoemde materiaal verband houden, voor alle fasen van de levenscyclus ervan;
4° werken en diensten voor specifiek militaire doeleinden of gevoelige werken en gevoelige diensten.
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.”

Overeenkomstig artikel 25, 1°, b), van dezelfde wet, eveneens in de versie die op dit ogenblik nog van kracht is, mogen de overheidsopdrachten, “wanneer de uitzondering van artikel 346 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie wordt ingeroepen”, enkel worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners”, en kan deze uitzondering enkel worden ingeroepen “indien dit kan gerechtvaardigd worden om redenen van openbare veiligheid of indien dit noodzakelijk is voor de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van één of meerdere lidstaten”.

Zoals hoger gesteld zijn, overeenkomstig artikel 35 van de rechtsbeschermingswet, enkel de artikelen 36, 37, 39 tot 42, 46 tot 48 en 55 tot 59 van deze wet van toepassing op de in artikel 346, lid 1, b), VWEU bedoelde defensieopdrachten.

B. Eerste onderdeel

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

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 Communicatie 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 Herstel 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 (zie overweging 9), 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 herbevoorradingzekerheid kan veilig gesteld worden.

Deze technologische en industriële basis moet gebieden afdekken die niet alleen van belang zijn voor de herbevoorradingzekerheid 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 DITB 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 DITB 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.

Militair materiaal en toepassing van artikel 24, § 3, wet overheidsopdrachten 2016

31. De verzoekende partij lijkt niet te betwisten dat de aan te schaffen uitrusting is opgenomen in het besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958 houdende vaststelling van de lijst van producten (wapenen, munitie en oorlogsmateriaal) waarop de bepalingen van artikel 346, lid 1, b), VWEU van toepassing zijn.

32. Voor zover de verzoekende partij aanklaagt dat de opdracht deels betrekking heeft op materiaal dat niet zal worden gebruikt voor militaire doeleinden en dat de voorwaarden voor toepassing hiervoor, bepaald in artikel 24, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, niet zouden zijn vervuld, doelt zij op de levering van wapens aan civiele diensten, zoals de Federale Politie.

De Raad van State stelt evenwel vast dat de beslissing van de Ministerraad van 17 november 2023 geen betrekking heeft op de deelname van de Federale Politie aan het partnerschap (zie overweging 3.8).

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

Geen louter economische en industriële belangen

33. De verzoekende partij argumenteert voorts nog dat de bestreden beslissing leidt tot een partnerschap dat niet is gefocust op veiligheidsbelangen, maar economische en industriële belangen als grondslag heeft.

Hiervoor werd reeds op het eerste gezicht geoordeeld dat het beoogde partnerschap wel degelijk de bescherming van essentiële veiligheidsbelangen nastreeft (zie overweging 30).

34. Noch de voornoemde Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie van 7 december 2006, noch de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie lijken zich voorts 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.

35. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

C. Tweede onderdeel

36. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de keuze om de gehele samenwerking met FN Herstal 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.

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 synthesenota 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 de 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 DITB 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.

42. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

43. Uit wat voorafgaat, volgt dat de toepassing van de uitzondering van artikel 346, lid 1, b), VWEU op het eerste gezicht lijkt te steunen op draagkrachtige motieven, wat het voorwerp is van de derde grief van de verzoekende partij.

44. Voor zover de verzoekende partij stelt dat het onduidelijk is of de bestreden beslissing melding maakt van alle elementen, die de in artikel 36, eerste lid, 6°, van de rechtsbeschermingswet bedoelde gemotiveerde beslissing overeenkomstig artikel 37, 1°, 3° en 9°, dient te bevatten, weze herhaald dat de bestreden beslissing van de Ministerraad en het navolgend akkoord van de minister van Defensie niet strekken tot het gunnen van de opdracht aan FN Herstal, en bijgevolg niet de in artikel 36, eerste lid, 6° van de rechtsbeschermingswet bedoelde gemotiveerde beslissing betreffen, doch de goedkeuring om op grond van artikel 346, lid 1, b) VWEU een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met FN Herstal op te starten.

45. Het derde onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

46. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 18, 49 en 56 VWEU “en het daaruit voortvloeiend beginsel van transparantie”.

Zij acht deze artikelen en dit beginsel geschonden:

“Doordat de verwerende partij een overeenkomst sloot met FN Herstal zonder enige vorm van voorafgaande transparantie over het voornemen tot het sluiten van deze opdracht te organiseren;
[...] Terwijl uit de bepalingen van [de artikelen] 18, 49 en 56 VWEU volgt dat een bepaalde vorm van transparantie steeds verplicht is, zodat ook aan het voornemen van de verwerende partij minstens een bepaald niveau van transparantie moest worden gekoppeld en niet zonder meer elke vorm van transparantie kon worden uitgesloten.”

In haar toelichting stelt de verzoekende partij dat de regels en de beginselen van het EU-recht, waaronder de artikelen 49 en 56 VWEU, ook in acht moeten worden genomen in het kader van opdrachten die niet binnen het toepassingsgebied vallen van de wet overheidsopdrachten 2016 of de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011. De artikelen 49 en 56 VWEU, die de vrijheid van vestiging respectievelijk het vrij verrichten van diensten betreffen, vormen bijzondere toepassingen van het in artikel 18 VWEU bepaalde algemene verbod van discriminatie op grond van nationaliteit. Betreffende de toepassing van de artikelen 49 en 56 VWEU op overeenkomsten die buiten de toepassing vallen van de overheidsopdrachtenregelgeving heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat op grond van het transparantiebeginsel een effectieve voorafgaande bekendmaking vereist zal zijn wanneer een overeenkomst wordt gesloten die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft (HvJ 13 november 2008, *nv Coditel Brabant*, C-324/07, punt 25, met verwijzing naar de arresten van 7 december 2000, *Telaustria en Telefonadress*, C-324/98, punten 60-62, en van 21 juli 2005, *Coname*, C-231/03, punten 16 tot 19 en 21). Wat de inhoudelijke draagwijdte van de transparantieverplichting betreft, heeft het Hof van Justitie in het aangehaalde arrest *Coditel Brabant* eveneens verduidelijking gebracht. De

transparantieplichting strekt ertoe dat alle mogelijk geïnteresseerde gegadigden vooraf worden geïnformeerd en zich kandidaat kunnen stellen. Zij dienen de reële mogelijkheid te krijgen om hun interesse te tonen. Het transparatiebeginsel zorgt er aldus voor, enerzijds, te voorkomen dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie worden geschonden, en, anderzijds, dat de onpartijdigheid van de gevolgde toewijzingsprocedure kan worden getoetst. Die transparantieplichting houdt in dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd hetgeen echter niet noodzakelijkerwijze een verplichting inhoudt tot uitschrijving van een aanbesteding. De verzoekende partij verwijst nog naar het arrest van de Raad van State van 23 december 2016, nr. 233.355, *nv Kinopolis Mega*, luidens hetwelk ook op grond van het (interne) grondwettelijk gelijkheidsbeginsel voor potentiële wederpartijen uit de eigen lidstaat evenzeer het transparatiebeginsel geldt dat in het gelijkheidsbeginsel besloten ligt.

De verzoekende partij vervolgt dat het grensoverschrijdend belang van de voorliggende omvangrijke opdracht (zowel in duur als in waarde) niet kan worden betwist. Zij verwijst daarbij naar nieuwsartikelen waaruit blijkt dat de verwerende partij hoopt dat ook andere Europese landen belangstelling zullen tonen in een partnerschap met FN Herstal. Het staat bijgevolg vast dat de verwerende partij de artikelen 49 en 56 VWEU en het daaruit volgende gelijkheids- en transparatiebeginsel moet naleven. Zij stelt dat zij evenwel enkel in de Belgische pers heeft kunnen vernemen dat de verwerende partij het voornemen heeft een “wapendeal” te sluiten met FN Herstal, een rechtstreekse concurrent van de verzoekende partij. Artikel 346, lid 1, b), VWEU laat weliswaar toe dat voor de bescherming van de wezenlijke belangen van de veiligheid van een lidstaat er bij uitzondering geen mededinging moet worden toegepast, maar op grond van deze bepaling blijkt niet dat een lidstaat kan verzaken aan de op haar rustende transparantieplicht. Volgens de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie (in het bijzonder het voornoemd arrest *Coditel Brabant*, punt 25) geldt nog steeds de verplichting tot passende bekendmaking, ook al zou er geen verplichting bestaan om de mededinging toe te passen. Ook indien de verwerende partij rechtmatig gebruik zou kunnen maken van artikel 346, lid 1, b), VWEU, zodat het voorwerp van de opdracht zou worden onttrokken aan de integrale toepassing van richtlijn 2009/81/EG en de

wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, dan nog berust op de verwerende partij de verplichting om een passende mate van openbaarheid te garanderen.

Die passende mate van openbaarheid houdt volgens de verzoekende partij te dezen in dat een beslissing op grond van artikel 346, lid 1, (b), VWEU gepaard moet gaan met de aanduiding van de redenen die het gebruik van deze procedure toelaten en die haar de toegang verhinderen om deel te nemen in het kader van een opdracht die op het eerste zicht tot haar kernactiviteit behoort. Zij dient minstens in staat te worden gesteld te verifiëren of de gevoerde procedure conform de voorwaarden van artikel 346, lid 1, (b), VWEU en met de vereiste onpartijdigheid wordt gevoerd. Deze zienswijze sluit volgens haar ook aan bij artikel 35 van de rechtsbeschermingswet dat duidelijke vereisten stelt door te bepalen aan welke verdragsbepalingen de beslissing gesteund op artikel 346, lid 1, (b), VWEU dient te voldoen.

47. De verwerende partij betwist in haar nota vooreerst niet dat het voorwerp van de opdracht een grensoverschrijdend karakter heeft.

Vervolgens betoogt zij dat, aangezien het transparantiebeginsel rechtstreeks voortvloeit uit het niet-discriminatiebeginsel zoals vervat in het Verdrag betreffende de Europese Unie en de verdragsbepalingen aangaande het vrij verkeer, hieruit ook uitzonderingsbepalingen kunnen worden afgeleid. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt tot op heden onder andere de staatsveiligheid als dwingende reden van algemeen belang aanvaard. In dit concrete geval is de doelstelling van het transparantiebeginsel, namelijk het openen van de interne markt, inderdaad niet verenigbaar met het opzet van het partnerschap. Zoals bij de bespreking van het eerste middel werd uitgezet, vereist de essentie van de strategische autonomie van de Staat, namelijk de bevoorradingszekerheid in conflicten of in tijden van crisis, dat de opdracht aan een op Belgisch grondgebied gevestigde onderneming toegewezen wordt. Aangezien geen enkele andere Belgische onderneming die gevestigd is op Belgisch grondgebied over dezelfde bekwaamheden als FN Herstal beschikt en de essentiële veiligheidsbelangen een onderneming op Belgisch grondgebied vereisen, kon de mededinging niet geopend worden voor de opdracht in kwestie.

In ieder geval blijkt dat de verwerende partij wel degelijk is overgegaan is tot een onderzoek van de mogelijke spelers op de desbetreffende markt, alvorens de noodzakelijke en passende keuze voor de toepassing van artikel 346, 1, b) VWEU te maken. De conclusie die hierbij gemaakt werd, sloot vervolgens enig nut of noodzaak tot het organiseren van een mededinging of voorafgaande bekendmaking uit.

Het gegeven dat het partnerschap met FN Herstal aan de essentiële veiligheidsbelangen van de Belgische Staat raakt, maakt het volgens de verwerende partij bovendien moeilijk om naar de buitenwereld toe openlijk en transparant te communiceren over de inhoud en de vereisten van de opdracht. Een groot deel van de vrijwaring van de essentiële veiligheidsbelangen bestaat juist uit de geheimhouding van dergelijke gegevens. Het transparantiebeginsel is dus ook op dit vlak onverenigbaar met de opzet van het multinationaal strategisch partnerschap. De afwezigheid van voorafgaande officiële communicatie kadert dan ook in deze problematiek. Uit het bovenstaande volgt volgens de verwerende partij dat de toepassing van het transparantiebeginsel te dezen wel degelijk beperkt wordt omwille van dwingende redenen van algemeen belang.

Wat de toepassing van het transparantiebeginsel in het Belgische recht betreft, heeft de Raad van State meermaals bevestigd dat er geen verplichting is tot het organiseren van een openbare of onderhandse aanbesteding, en noopt het gelijkheidsbeginsel niet tot een systematische bekendmaking. Te dezen kan duidelijk worden vastgesteld dat het transparantiebeginsel onverenigbaar is met de essentiële veiligheidsbelangen die de Staat zal vrijwaren middels het beoogde strategisch partnerschap met FN Herstal.

Er werd besloten het beoogde partnerschap met FN Herstal bij wijze van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te laten plaatsvinden, wat een beslissing is die overeenkomstig artikel 36, eerste lid, 1°, van de rechtsbeschermingswet een gemotiveerde beslissing vereist. Artikel 36, tweede lid, van die wet staat evenwel toe om voor een dergelijke beslissing, zolang de motieven op het ogenblik van de beslissing bestaan, de formeel gemotiveerde beslissing *a posteriori* op te stellen in de eerstvolgende beslissing, wat te dezen de uiteindelijke gunningsbeslissing zal zijn.

Ten slotte merkt de verwerende partij nog op dat indien de verzoekende partij beweert “geen passend inzicht [te] hebben in de redenen die haar de toegang verhinderen om deel te nemen aan de opdracht in kwestie”, dit ook deels te wijten is aan het gedrag van de verzoekende partij zelf, te weten de voorbarige indiening van huidig beroep.

Beoordeling

48. Zoals gespecificeerd in haar pleitnota, voert de verzoekende partij in essentie het totaal gebrek aan van “enige transparantie over het bestaan van de opdracht en de ingeroepen omstandigheden die het uitsluiten van mededinging [op grond van artikel 346, lid 1, b), VWEU] mogelijk zouden maken”.

Deze op de overheid rustende transparantieplicht zou voortvloeien zowel uit de bepalingen van de artikelen 18, 49 en 56 VWEU als uit het (interne) grondwettelijk gelijkheidsbeginsel.

49. Het grensoverschrijdend karakter van de opdracht lijkt te dezen niet ter discussie te staan. Het beoogde partnerschap heeft een economische waarde die ruimschoots de Europese drempels overschrijdt en valt als dusdanig in beginsel onder het toepassingsgebied van richtlijn 2009/81/EG, weze het dat artikel 346, lid 1, b), VWEU in een uitzondering voorziet.

Blijkens de door de verzoekende partij aangehaalde arresten heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat, ingevolge de beginselen afgeleid uit de artikelen 49 en 56 VWEU, overeenkomsten die zijn uitgesloten van de werkingssfeer van overheidsopdrachtenrichtlijnen in beginsel toch het voorwerp dienen uit te maken van voorafgaande bekendmaking en marktbevraging wanneer een overeenkomst wordt gesloten die een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft.

Het Hof van Justitie aanvaardt evenwel ook dat de overheid van de op haar rustende transparantieplicht kan afwijken en zodoende de oproep tot

mededinging achterwege kan laten wanneer zulks kan worden gerechtvaardigd om “dwingende redenen van algemeen belang” (HvJ 9 september 2010, Engelmänn, C-64/08, punt 57; HvJ 10 mei 2012, Duomo GPA e.a., C-357/10-359/10, punt 39; HvJ 14 november 2013, Belgacom, C-221/12, punt 38). Bovendien, anders dan in de door de verzoekende partij aangehaalde zaken, is te dezen in het VWEU zelf in een uitzondering voorzien, namelijk in artikel 346, lid 1, b), dat toelaat om ter bescherming van essentiële veiligheidsbelangen de mededinging niet toe te passen.

50. Te dezen vloeit het gegeven dat de plaatsingsprocedure zal worden opgestart via de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, rechtstreeks voort uit de toepassing van dat artikel 346, lid 1, b), VWEU. Een marktbevraging met voorafgaande bekendmaking lijkt in die context per definitie in conflict te komen met de keuze om te dezen de mededinging uit te sluiten ter bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van de staat. De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht terecht te stellen dat deze keuze vervolgens elk nut aan het organiseren van een mededinging of voorafgaande bekendmaking ontnemt.

Voor zover de verzoekende partij een gebrek aan transparantie aanvoert over het bestaan van het partnerschap zelf, valt op te merken dat de verwerende partij hierover een zekere mate van transparantie heeft geboden ingevolge het persbericht dat door de FOD Kanselarij van de Eerste Minister werd gepubliceerd naar aanleiding van de Ministerraad van 17 november 2023.

Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat het transparantiebeginsel ook ertoe zou strekken dat voorafgaand een voldoende inzicht moet worden geboden in de redenen die de toepassing van artikel 346, lid 1, b), VWEU rechtvaardigen, moet in ieder geval worden vastgesteld dat deze redenen in de loop van de onderhavige procedure werden vrijgegeven. De verwerende partij heeft, blijkens de beoordeling van het eerste middel, aangetoond dat zij is overgegaan tot een onderzoek van de mogelijke spelers op de desbetreffende markt, alvorens de keuze voor de toepassing van artikel 346, lid 1, b) VWEU te maken. In deze stand van de procedure lijken de belangen van de verzoekende partij op het eerste gezicht afdoende gediend door de

niet-vertrouwelijke neerlegging door de verwerende partij van de stukken die inzicht geven in de redenen om artikel 346, lid 1, b) VWEU toe te passen.

51. Het tweede middel is niet ernstig.

IX. Besluit

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

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. 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.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens