

Vlaams
Parlement

stuk **1599** (2011-2012) – Nr. 1
ingediend op 8 mei 2012 (2011-2012)

Ontwerp van decreet

tot wijziging van diverse bepalingen
van het decreet van 13 december 2002
houdende de oprichting
van de naamloze vennootschap van publiekrecht
Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM)

INHOUD

Memorie van toelichting	3
Voorontwerp van decreet	15
Advies van de Mobiliteitsraad van Vlaanderen	21
Advies van de Raad van State	25
Ontwerp van decreet	39

MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Algemene toelichting

De Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM) werd in 2002 opgericht en belast met het bieden van oplossingen voor de verkeersopstoppingsproblemen in en rond Antwerpen binnen de door de Vlaamse overheid gestelde harde randvoorwaarden. In dat verband stond BAM ook in voor de realisatie van de vierde Scheldeoververbinding (een nieuw stuk snelweg dat de Antwerpse ringweg ten noorden van de stad vervolmaakt). Sindsdien heeft BAM de realisatie van deze vierde Scheldeoververbinding voorbereid.

Op 30 maart 2010 heeft de Vlaamse Regering beslist om de ring rond Antwerpen prioritair te sluiten middels een vierde Scheldeoververbinding langs het zogenaamde Oosterweeltracé en principieel te kiezen voor een ondertunnelde oplossing voor zover aan bepaalde voorwaarden werd voldaan (de zogenaamde Oosterweelverbinding).

Vervolgens heeft de Vlaamse Regering op 24 september 2010 dan definitief beslist om de Antwerpse ring te sluiten middels een Scheldeoververbinding bestaande uit een afgezonken Scheldetunnel, een Oosterweelknooppunt en een cut&cover-tunnel.

Er zijn aangaande de realisatie en uitbating van de Oosterweelverbinding bijzondere randvoorwaarden vooropgesteld, waaronder de volgende:

- de financiering- en garantiestructuur voor de realisatie van de Oosterweelverbinding dient ESR95-neutraal te zijn;
- de financiering van de Oosterweelverbinding geschiedt op basis van de over de Oosterweelverbinding geheven tol waarvan het tarief zal worden bepaald door de Oosterweelverbindingexploitant binnen een door de overheid vastgestelde bandbreedte.

Verder is de overheid weliswaar bereid te voorzien in een afdoende kapitalisatie van de Oosterweelverbindingexploitant met het oog op het instaatstellen van deze laatste om de voor de realisatie van de Oosterweelverbinding benodigde schuldfinanciering te kunnen aantrekken en waarbij de tolgelden dan tevens naast het voorzien in de terugbetaling van die schuldfinanciering en haar rentelast dienen tot marktconforme vergoeding en de wetersamenstelling van dit eigen vermogen.

Er dringt zich vanuit financieel- en verkeerstechnisch oogpunt (i.e. een optimale verkeersafwikkeling) ook op dat over alle betolde Scheldeoververbindingen in de Antwerpse regio eenvormige toltarieven kunnen worden geheven. Met het oog hierop is het aangewezen dat alle betolde Scheldeoververbindingen in de Antwerpse regio uitgebaat en beheerd worden door dezelfde entiteit. Voor de Oosterweelverbinding betekent dit op heden dat eenzelfde methodologie inzake de berekening van de infrastructuurkosten moet kunnen worden gebruikt voor de Liefkenshoektunnel en de Oosterweelverbinding om de over de Liefkenshoektunnel geheven toltarieven (zo nauw mogelijk) te laten aansluiten bij het niveau van dat van de tolgelden geheven over de Oosterweelverbinding.

Enkele beleidsopties en nieuwe ontwikkelingen maken de aanpassing van het BAM-decreet noodzakelijk.

Het Instituut voor de Nationale Rekeningen (INR) oordeelde, mede na advies van Eurostat, dat BAM moet gekwalificeerd worden binnen de sector overheid. Dit betekent dat BAM de Oosterweelverbinding niet zelf kan realiseren zonder dat de Oosterweelverbinding en de daarvoor aangetrokken schuldfinanciering op de boeken van het Vlaamse Gewest geconsolideerd zal moeten worden.

De voorgestelde wijzigingen strekken ertoe om BAM te machtigen om de realisatie en de exploitatie van de Oosterweelverbinding en de sluiting van de Antwerpse ring toe te vertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV, zonder dat BAM daarbij diens eigen taakstelling zou miskennen.

Deze wijzigingen kaderen binnen de beoogde afbouw van de activiteiten van BAM, waarbij BAM veeleer optreedt als instrument van het Vlaamse Gewest in de functie van concessiegever voor de Oosterweelverbinding en de uitvoering van de lopende en aan BAM toegewezen taken in het Masterplan. BAM zal de realisatie en exploitatie van de Oosterweelverbinding kunnen toevertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV via een concessie voor werken. BAM zal de haar resterende taken vervullen als een de facto extern verzelfstandigd agentschap.

Momenteel wordt door het Vlaamse Gewest de invoering van de kilometerheffing voor vrachtwagens voorbereid, met een elektronische verwerking van de kilometerheffing en centrale inning. Het zou daarbij een meerwaarde kunnen hebben om de tolinning op de Scheldeoververbindingen geïntegreerd te laten gebeuren in het inningsproces voor de kilometerheffing en eveneens op basis van een 'free flow'. Het Vlaamse Gewest heeft de intentie om in het kader van de voorbereiding van de kilometerheffing een geïntegreerde inning van de tolgelden op de Scheldeoververbindingen (met dien verstande dat dit dan zou gebeuren voor rekening van Tunnel Liefkenshoek NV) te laten onderzoeken vanuit technisch, financieel en juridisch oogpunt. Daarbij zal onder meer de verenigbaarheid met het aantrekken van een eigen financiering door Tunnel Liefkenshoek NV moeten onderzocht worden.

2. Commentaar bij de artikelen

Artikel 1

Dit artikel behoeft geen nadere toelichting.

Artikel 2

BAM werkte de voorbij jaren aan de mobiliteit in de Antwerpse regio. Daarbij werd ook de realisatie van de zogenaamde Oosterweelverbinding, dit wil zeggen de Scheldeoververbinding die de kleine ring (R1) om Antwerpen zal sluiten, en de verbinding maakt tussen de R1 (Kennedytunnel) – E17 – E34/N49 op de Linkerscheldeover en de R1 (Viaduct Merksem) – E19 – A12 op de Rechterscheldeover, door BAM voorbereid.

De decreetswijzigingen sluiten aan bij de financieel-technische noodzaak om de toltarieven over de betolde Scheldeoververbindingen in de Antwerpse regio op elkaar te doen aansluiten door de uitbating en het beheer ervan te verenigen in één hand. De tolgelden die geheven worden voor het gebruik van verbindingen over de Schelde in de Antwerpse regio moeten immers bij elkaar aansluiten om een verlegging van verkeersstromen te voorkomen. De Scheldeoververbindingen vormen immers in essentie communicerende vaten wat betreft verkeersstromen. De onderlinge verschuivingen van verkeersstromen moeten dus kunnen worden beheerst.

De decreetswijzigingen hebben op heden meer concreet ook tot doel BAM ertoe te machtigen om de financiering, het ontwerp, de bouw, het beheer en/of de uitbating van de Oosterweelverbinding aan Tunnel Liefkenshoek NV over te dragen. BAM houdt op heden alle aandelen in Tunnel Liefkenshoek NV, concessiehouder van een bestaande Scheldeoververbinding, met name de Liefkenshoektunnel. Tunnel Liefkenshoek NV staat in voor exploitatie van de Liefkenshoektunnel op basis van een overeenkomst houdende concessie voor werken met het Vlaamse Gewest.

In het kader van de langetermijnovereenkomst die BAM zou afsluiten met Tunnel Liefkenshoek NV aangaande de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de Oosterweelverbinding, moet BAM de nodige afspraken kunnen maken met en vooral de garanties kunnen bieden aan Tunnel Liefkenshoek NV in verband met:

- de eenheid van beheer van de Oosterweelverbinding en de Liefkenshoektunnel. De eenheid van beheer van voormelde Scheldeoeververbindingen is noodzakelijk in het kader van de realisatie en uitbating van de Oosterweelverbinding die moet gefinancierd worden op basis van de geheven tolgelden; en
- eventuele toekomstige verkeersbevorderende maatregelen die een impact kunnen hebben op het gebruik van de Oosterweelverbinding.

Vanuit die optiek wordt alvast generiek ingeschreven dat BAM zal instaan voor (nu en in de toekomst) betolde Scheldeoeververbindingen. De nodige maatregelen zullen door de Vlaamse Regering moeten genomen worden om ervoor te zorgen dat BAM over de nodige rechten beschikt voor de uitoefening van haar taken met betrekking tot deze infrastructuur – ter zake is ook te wijzen op artikel 7, §1, van het decreet.

Er is op te merken dat de langetermijnovereenkomst die tussen BAM en Tunnel Liefkenshoek NV zou worden afgesloten, kan geacht worden verenigbaar te zijn met de wetgeving overheidsopdrachten. Uit onderzoek is gebleken dat, rekening houdend met de randvoorwaarden gesteld voor de realisatie en exploitatie van de Oosterweelverbinding, Tunnel Liefkenshoek NV in essentie de enige mogelijke contractspartner is voor BAM. De Raad van State heeft in haar advies alvast gemeend dat de vooropgestelde argumentatie voor de verenigbaarheid met de wetgeving overheidsopdrachten op het eerste zicht verdedigbaar is. Dit zal ook afgestemd worden met de bevoegde instanties van de Europese Commissie op basis van een informele adviesprocedure.

In navolging van de opmerking van de afdeling Wetgeving van de Raad van State werden de bewoordingen van het gewijzigde artikel 4, tweede lid, en het gewijzigde artikel 6, §1, eerste lid, op elkaar afgestemd. Het gaat om de Scheldeoeververbindingen waarvoor tolgelden “worden of zullen worden geheven”.

Artikel 3

De voorgestelde schrapping van artikel 5 kadert in de voorgestelde wijzigingen aan de artikelen 4 en 6 van het decreet.

Artikel 4

De voorgestelde wijziging aan artikel 6 van het decreet strekt ertoe de rol van Tunnel Liefkenshoek NV als toekomstig concessienemer in het kader van de concessie met betrekking tot de realisatie en uitbating van de Oosterweelverbinding (en desgevallend van andere Scheldeoeververbindingen) decretaal te verankeren en te vermijden dat in hoofde van BAM sprake zou zijn van een verboden bevoegdheidsoverdracht bij het toevertrouwen van bepaalde taken met betrekking tot de Oosterweelverbinding aan Tunnel Liefkenshoek NV.

Deze beleidskeuze ligt om meerdere redenen voor de hand.

De Tunnel Liefkenshoek NV is een publieke marktentiteit, die op heden reeds op basis van een concessieovereenkomst instaat voor de realisatie en exploitatie van de Liefkenshoektunnel. BAM bezit heden alle aandelen van Tunnel Liefkenshoek NV.

De feitelijke omstandigheden inzake de bestaande Scheldeoeververbindingen in combina-

tie met de door het Vlaamse Gewest rechtmatig vooropgestelde harde randvoorwaarden voor de realisatie en uitbating van de Oosterweelverbinding, noodzaakt dat Tunnel Liefkenshoek NV wordt betrokken bij de realisatie van de Oosterweelverbinding.

De realisatie van de Oosterweelverbinding en de sluiting van de Antwerpse ring dient immers te gebeuren op zodanige wijze dat de investering ESR95-neutraal is. Te dien einde dient BAM, gelet op de kwalificatie van BAM binnen de sector overheid, de financiering, het ontwerp, de bouw, het beheer en de exploitatie van de Oosterweelverbinding en de sluiting van de Antwerpse ring toe te vertrouwen aan een andere entiteit.

Bovendien dient de financiering van de Oosterweelverbinding te geschieden op basis van de geheven tolgelden. De exploitant die wordt aangesteld voor de realisatie en exploitatie van de verbinding dient met andere woorden de benodigde schuldfinanciering te kunnen aantrekken op basis van en af te lossen middels de over zulke verbinding te heffen tolgelden.

Een langetermijnovereenkomst onder de vorm van een concessie voor werken met een publieke marktproducent zoals Tunnel Liefkenshoek NV laat toe de realisatie van de Oosterweelverbinding op een ESR95-neutrale wijze te realiseren.

De keuze van Tunnel Liefkenshoek NV laat ook toe om de Oosterweelverbinding te financieren aan de hand van de beste financieringsvoorwaarden (zie ook de voorgestelde wijzigingen aan artikel 18).

In het tweede lid van het wijzigingsvoorstel wordt BAM ertoe gemachtigd om activa en passiva waarover zij beschikt over te dragen aan Tunnel Liefkenshoek NV.

BAM beschikt heden over de middelen en het personeel om actief de realisatie en exploitatie van de Oosterweelverbinding voor te bereiden en te realiseren. BAM verenigde tot op heden in zich, benaderd vanuit een concessiemodel, zowel de hoedanigheid van concessiegever als concessienemer. Een aanzienlijk deel van de werkzaamheden in het kader van de verdere voorbereiding van en de realisatie van de Oosterweelverbinding zal, in het geval een concessie voor werken inzake de Oosterweelverbinding wordt toevertrouwd aan Tunnel Liefkenshoek NV, evenwel verschuiven naar de concessienemer. Daarbij is het omgekeerd zo dat Tunnel Liefkenshoek nood heeft aan het nodige personeel en de middelen om de concessie voor de Oosterweelverbinding als concessienemer met BAM als concessiegever voor te bereiden, af te sluiten en vervolgens uit te voeren. Voor als zulks nodig zou zijn wordt BAM er daarom toe gemachtigd om reeds in de precontractuele fase de activiteit van kandidaat-concessienemer van de Oosterweelverbinding (en alle daaraan gerelateerde activa en passiva zoals aangeduid door BAM in overleg met Tunnel Liefkenshoek NV) naar Tunnel Liefkenshoek NV te kunnen afsplitsen.

BAM en Tunnel Liefkenshoek NV kunnen in onderling overleg de vorm, de voorwaarden en modaliteiten (desgevallend met inbegrip van de tegenprestatie) van de over te dragen activa en passiva bepalen. Zo zal het BAM en Tunnel Liefkenshoek NV volledig vrijstaan om de overdracht te structureren als een inbreng in kapitaal dan wel als een overdracht, ten kostelozen dan wel ten bezwarenden titel en ten algemenen titel dan wel 'ut singuli'. Ook kan zo nodig of nuttig een onderscheid worden gemaakt tussen een overdracht, voorafgaand aan de sluiting of inwerkingtreding van de concessie, en een overdracht op het moment van de sluiting of inwerkingtreding van de concessie.

Artikel 5

De wijziging in paragraaf 1 van artikel 7 van het decreet strekt ertoe te verduidelijken dat de Vlaamse Regering aan BAM de voor de realisatie van het Masterplan en inzonderheid

de Oosterweelverbinding benodigde nodige rechten kan toekennen op de Scheldeoeververbindingen, en dit bijvoorbeeld door inbreng in ruil voor aandelen maar ook gewoon door de activa over te dragen aan BAM. Voor wat betreft de Scheldeoeververbindingen waarop tol wordt geheven, en waarvan het beheer dus in het licht van de vooropgestelde wijzigingen aan artikel 4 van het decreet moet worden toevertrouwd aan BAM met het oog op de organisatie van een eenvormig beheer en exploitatie ervan, zal de Vlaamse Regering in het licht van het gewijzigde artikel 7 de nodige rechten op de betrokken activa toekennen aan BAM. Zo zal de Vlaamse Regering er onder meer voor moeten zorgen dat BAM in de rechten van het Vlaamse Gewest treedt in het kader van de concessie voor de Liefkenshoektunnel zodat BAM in het licht van het te wijzigen artikel 4 van het decreet over de nodige rechten beschikt om het eenvormig beheer van en de nivellering van de toltarieven geheven over de betolde Scheldeoeververbindingen mede te kunnen bewerkstelligen.

De voorgestelde wijziging van paragraaf 2 strekt er louter volledigheidshalve toe te verduidelijken dat deze bepaling ook geldt in de gevallen waarin BAM zakelijke rechten heeft.

De nieuwe paragraaf 5 houdt verband met het recht van wederoverdracht opgenomen in artikel 23 van de wet van 17 april 1835 op de onteigening ten algemene nutte. Indien de voor de werken van algemeen nut onteigende gronden die bestemming (van algemeen nut) niet krijgen, wordt een bericht bekendgemaakt waarin de gronden worden opgegeven die opnieuw kunnen worden verkocht. Binnen drie maanden kunnen de voormalige eigenaars van de betreffende gronden verklaren die gronden opnieuw te willen aankopen. In het geval geen bericht wordt afgekondigd, kunnen de voormalige eigenaars ook de teruggave vorderen indien de doelstelling van de onteigening niet wordt gerealiseerd. Die teruggave zal in rechte worden bevolen op verklaring van het bestuur dat ze niet meer bestemd zijn om te dienen voor de werken waarvoor ze werden aangekocht. Ook zonder dergelijke verklaring kan de rechter tot het besluit komen dat de doelstelling van een onteigening niet meer wordt of kan worden gerealiseerd.

Bij miskennis van artikel 23 van de wet van 17 april 1835 op de onteigening ten algemene nutte, kunnen de onteigenden de teruggave van het goed vorderen dan wel, indien het onteigende goed reeds door de onteigenaar werd doorverkocht aan derden, schadeloosstelling bij equivalent vorderen.

Over de juiste draagwijdte van het recht van wederoverdracht bestaat veel discussie. Teneinde onzekerheid te vermijden wordt uitdrukkelijk bepaald dat het recht van wederoverdracht zoals vervat in artikel 23 van de wet van 17 april 1835 op de onteigening ten algemene nutte niet van toepassing is op de gronden die worden onteigend door BAM indien de op basis van dit artikel onteigende gronden worden benut met het oog op de realisatie van de in artikel 4 omschreven opdrachten van BAM. Dit moet toelaten dat de in het kader van het BAM-decreet onteigende gronden worden doorverkocht aan of dat daarop zakelijke of persoonlijke rechten worden gevestigd ten voordele van de partijen die BAM selecteert om mede uitvoering te geven aan haar opdracht, waaronder de overeenkomsten die BAM met Tunnel Liefkenshoek kan sluiten in uitvoering van artikel 6. Het spreekt voor zich dat de regels inzake staatssteun moeten worden nageleefd bij de wederverkoop van deze gronden.

Teneinde het risico uit te sluiten dat onzekerheid ontstaat over de gronden die reeds werden onteigend in het kader van de uitvoering van de opdracht van BAM, wordt tevens voorzien in de retroactieve werking van deze bepaling.

Artikel 6

De aanpassingen aan artikel 8 beogen te verduidelijken dat ook verordeningsvoorstellen kunnen worden ingediend voor de gronden die beheerd worden door anderen dan BAM, maar welke wel relevant zijn voor de realisatie van het Masterplan.

Zo moeten ook voorstellen kunnen gedaan worden voor gronden die door Tunnel Liefkenshoek worden beheerd in het kader van de langetermijnovereenkomst ter realisatie van de Oosterweelverbinding.

Artikel 7

De veelheid aan nutsvoorzieningen (water, gas, elektriciteit, riool, kabel, telecom enzovoort) en de dichtheid van de netwerken daarvan hebben een belangrijke impact op de veiligheid, projectbeheersing, timing en kosten van publieke infrastructuurprojecten. Het betreft ook een juridisch complexe materie, aangezien op de verplaatsing van de verschillende nutsleidingen een dispaaraat geheel van wetten, decreten en reglementen van toepassing is naargelang het soort nutsleiding. Ook de bevoegdheidsverdeling tussen gemeenschappen, gewesten en de federale overheid is ter zake erg versplinterd.

Op grond van het huidige artikel 9, §2, van het BAM-decreet is BAM gemachtigd om in de aangelegenheden die volledig onder de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest ressorteren, de verplaatsing van nutsleidingen te bevelen ten aanzien van het domein dat zij in eigendom heeft, waarop ze een zakelijk recht (bijvoorbeeld erfpacht of opstal) heeft of dat ze (bijvoorbeeld ingevolge een huurrecht, concessie of vergunning) beheert. Zoals het geval is onder de bestaande regelgeving met betrekking tot nutsleidingen, moeten de kosten van deze wijzigingen van de ligging, het tracé of het plan van aanleg, gedragen worden door de betrokken nutsmaatschappijen indien zij worden bevolen hetzij ter wille van de openbare veiligheid, hetzij in het belang van de openbare wegen, het openbaar vervoer of de waterwegen. Voor alle duidelijkheid werd hieraan in het BAM-decreet toegevoegd dat de kost ook door de nutsmaatschappijen moet worden gedragen indien de verplaatsing gebeurt voor “enige andere met het Masterplan Antwerpen verbonden overweging van openbaar belang”.

Intussen dringt zich een verfijning van deze regeling op. Gezien intussen gebleken is dat mogelijks verschillende entiteiten verschillende aspecten van de Oosterweelverbinding zullen opvolgen als bouwheer of anderszins, is er nog meer nood aan coördinatie in de tijd en in de ruimte van de verplaatsingen van nutsleidingen. Op heden kan BAM in de aangelegenheden die volledig onder de bevoegdheid van het Vlaamse Gewest ressorteren, de verplaatsing van nutsleidingen bevelen ten aanzien van het domein dat zij in eigendom heeft, waarop ze een zakelijk recht heeft of dat ze beheert. Paragraaf 2 van artikel 9 wordt daarom aangevuld zodat BAM, met akkoord van de betrokken domeinbeheerder, ook verplaatsingsbevelen kan uitvaardigen naar aanleiding van werken die zij wenst uit te voeren aan domein dat BAM zelf niet in eigendom heeft, waarop zij geen zakelijk recht heeft en dat zij ook niet beheert.

Daarbij wordt in de tekst ook verduidelijkt dat BAM deze rechten uiteraard ook heeft wanneer de werken waarvoor de verplaatsingen nodig zijn, worden uitgevoerd door een derde op grond van een contractuele relatie met BAM (aanneming van werken, concessiehouder enzovoort) de verplaatsingswerken kaderen dan immers evenzeer in de realisatie van het Masterplan.

Verder wordt in de nieuwe derde paragraaf van artikel 9 bepaald dat het Vlaamse Gewest, de provincies (in concreto zal het gaan om de provincies Antwerpen en Oost-Vlaanderen), alsook de gemeenten in deze provincies de uitvaardiging en de uitvoering van bepaalde

van hun bevoegdheden en beslissingen omtrent nutsleidingen die hen toekomen aan BAM kunnen toevertrouwen. BAM kan op grond hiervan bijvoorbeeld worden gevraagd om in naam van de betrokken overheid een verplaatsingsbevel uit te vaardigen. Ook hier wordt geen afbreuk gedaan aan het principe dat de kosten wegens wijziging van de ligging, het tracé of het plan van aanleg van voormelde infrastructuur ten laste zijn van de operator, indien de wijzigingen zijn opgelegd hetzij ter wille van de openbare veiligheid, hetzij in het belang van de openbare wegen, het openbaar vervoer of de waterwegen of enige andere met het Masterplan Antwerpen verbonden overweging van openbaar belang.

Het merendeel van de verplaatsingsbevelen, zoniet alle, nodig in het kader van het Masterplan, kunnen door deze wijzigingen door BAM op elkaar worden afgestemd, zowel in de tijd als in de ruimte.

Artikel 8

Het bestaande artikel 9bis voorziet in een uitzondering op de erkenningswetgeving inzake overheidsopdrachten, zoals vastgelegd in de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, voor wat betreft overeenkomsten die opdrachten van werken zouden omvatten ten laste van BAM.

De bepaling strekt ertoe dat opdrachten van werken kunnen worden toevertrouwd aan BAM zonder dat BAM erkend moet zijn, voor zover BAM deze werken niet zelf uitvoert maar deze op zijn beurt volledig toevertrouwt aan erkende aannemers.

In het kader van de langetermijnovereenkomsten die BAM zal afsluiten met Tunnel Liefkenshoek NV, zullen werken worden opgedragen aan Tunnel Liefkenshoek. Mede in het licht van de recente wijziging van artikel 34 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor werken, lijkt het van belang deze uitzondering ook te voorzien voor Tunnel Liefkenshoek NV. Het is immers niet zo dat Tunnel Liefkenshoek NV zelf evident in aanmerking kan komen voor erkenning in het licht van de daartoe gestelde eisen inzake onder meer de technische bekwaamheid en de financieel-economische draagkracht.

De reglementering inzake de erkenning van aannemers van werken is wel een federale materie, geregeld bij wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken en de uitvoeringsbesluiten. De afwijking ten behoeve van Tunnel Liefkenshoek NV kan echter worden gesteund op de impliciete bevoegdheden van het Vlaamse Gewest en is gerechtvaardigd in het licht van de realisatie van het Masterplan. De afwijking is immers noodzakelijk om ervoor te zorgen dat BAM middels langetermijnovereenkomsten (waaronder de concessie voor werken) werken kan toevertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV zonder dat deze laatste aannemer moet zijn of als zodanig kan worden erkend. De weerslag van de voorliggende afwijking op de federale bevoegdheid is hoe dan ook erg marginaal. De afwijking geldt immers net zoals deze ten aanzien van BAM enkel indien Tunnel Liefkenshoek NV zelf op haar beurt beroep doet op erkende aannemers. De afwijking strekt er enkel toe te garanderen dat de werken die deel uitmaken van de opdracht voor de realisatie van de Oosterweelverbinding in eerste orde kunnen toevertrouwd worden aan Tunnel Liefkenshoek NV zonder miskennis van de erkenningswetgeving. De finale impact van de vooropgestelde regeling is tot slot ook niet groter dan deze van het oorspronkelijke opzet in het huidige artikel 9bis van het BAM-decreet.

Artikel 9

Gelet op de oprichting van de Vlaamse Dienst Vastgoedakten, op basis van het decreet van 18 december 2009 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 2010 wordt de bevoegdheid van deze dienst uitgebreid om de akten ten name of ten bate van BAM

met onroerend karakter waarvoor deze dienst bevoegd is, te verlijden zodat BAM kan opteren om op deze dienst beroep te doen.

Artikel 10

De voorgestelde wijziging is van louter redactionele aard. Er werd daarbij rekening gehouden met de opmerkingen van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

Artikel 11

De huidige bepaling voorziet dat minstens de helft van de productiekosten in de zin van het Europees rekeningstelsel 1995 van BAM wordt gedekt door verkopen in de zin van het Europees rekeningstelsel 1995. Gelet op de visie van het INR, na advies van Eurostat, dat BAM moet gekwalificeerd worden binnen de sector overheid bij gebrek aan autonomie, zal deze vereiste van het bestaande decreet niet langer van aard zijn te verzekeren dat de projecten van het Masterplan en in het bijzonder de realisatie van de Oosterweelverbinding op ESR-95 neutrale wijze kan gebeuren.

Dit doet geen afbreuk aan de noodzaak dat de Oosterweelverbinding moet gerealiseerd worden op een wijze die ervoor zorgt dat de belangrijkste investerings- en financieringskosten voor de realisatie van de Oosterweelverbinding niet wegen op de boeken van de overheid. Dit zal in de praktijk impliceren dat de ‘economische eigendom’ in de zin van de ‘Manual on Government Deficit and Debt (Implementation of ESA95) 2010 Edition’, het zogenaamd ESR95-Handboek van Eurostat, bij de contractspartner van BAM zal moeten liggen en dat dit een (desgevallend publieke) marktproducent moet zijn.

Artikel 12

De voorgestelde aanpassingen kaderen in het recht om tolgelden te heffen.

In het eerste lid wordt aan de Vlaamse Regering een machtiging verleend om, weze het op voorstel van BAM, een tolregeling uit te werken, waarin de belangrijkste voorwaarden worden uitgewerkt inzake het vaststellen, opleggen en innen van de tolgelden. Indien de Vlaamse Regering niet akkoord kan gaan met het voorstel van BAM, is het aan de Vlaamse Regering om dit voorstel te weigeren. Het zal dan aan BAM toekomen om een gewijzigd voorstel uit te werken en opnieuw aan de Vlaamse Regering voor te leggen.

In het tweede lid worden aan BAM diverse rechten verleend voor het heffen van tol in de vorm van retributies. Zo wordt het in de eerste plaats aan BAM gelaten om het tarief van de retributie vast te stellen, zij het met respect voor de krijtlijnen die door de Vlaamse Regering zullen worden uitgewerkt in toepassing van het eerste lid. Daarnaast is BAM ook gerechtigd om nadere modaliteiten te bepalen en de retributie op te leggen aan de gebruikers van de aangeduide verkeersinfrastructuur. Tot slot zal BAM ook mogen instaan voor de inning van de retributies of tolgelden vanwege die gebruikers.

BAM kan de bedoelde tolgelden heffen voor het gebruik van alle infrastructuur inzake de Scheldeoeververbindingen waarvan de financiering, de realisatie, het beheer of de exploitatie aan BAM is toevertrouwd. Het betreft hierbij niet enkel de eigenlijke Scheldeoeververbindingen strictu sensu (zoals een tunnel), maar ook het geheel van de infrastructuur die voorzien wordt voor het toegankelijk maken van die verbindingen, zoals de toe- en afritten en de bruggen en tunnels die ernaartoe leiden.

In het derde lid wordt voorzien in de mogelijkheid om de rechten uit het eerste lid, inzake het vaststellen van de nadere modaliteiten (waaronder het exacte bedrag van de tol), het

vaststellen, opleggen en innen van tolgelden, toe te kennen aan Tunnel Liefkenshoek NV, voor die infrastructuur waarvoor zij met de exploitatie is belast.

Artikel 13

Ingevolge artikel 6 van het decreet kan BAM in het kader van de realisatie van haar maatschappelijk doel de financiering, realisatie, beheer en de exploitatie van één of meerdere Scheldeoververbindingen toevertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV op basis van één of meerdere langetermijnovereenkomsten.

Aangezien Tunnel Liefkenshoek NV in voorkomend geval tevens zou instaan voor de financiering van de Scheldeoververbindingen, zou het Vlaamse Gewest met het oog op het bekomen van de best mogelijke financieringsvoorwaarden aan Tunnel Liefkenshoek NV een overheidswaarborg kunnen toekennen. Daarbij geldt dat de af te sluiten langetermijnovereenkomst, eventuele overheidswaarborgen en eventuele andere (financiële) tussenkomsten niet van aard mogen zijn om de marktproducent te herkwalificeren als deel van de overheidssector waardoor de aangetrokken financiering alsnog op de boeken van de overheid zou moeten worden geplaatst. Zo blijkt uit de ‘Manual on Government Deficit and Debt (Implementation of ESA95) 2010 Edition’, het zogenaamd ESR95-Handboek van Eurostat, dat in het kader van een publiek-private samenwerking de totale door de overheid geboden ondersteuning (ongeacht de verschillende vormen ervan bijvoorbeeld inbreng van eigen vermogen, het verstrekken van een overheidswaarborg, het verlenen van subsidies enzovoort, of een combinatie daarvan) in voorkomend geval echter hoogstens 49% van de totale middelen mag bedragen. Om het project tegen de best mogelijke voorwaarden te kunnen financieren zal het echter nodig zijn om desgevallend tot 100% een waarborg te kunnen verstrekken. Om te vermijden dat dit aanleiding zou kunnen geven tot herkwalificatie binnen de sector overheid dient die waarborg te worden verleend in het kader van een concessiestructuur.

In het licht van het voorgaande, wordt aan artikel 18 van het decreet een tweede lid toegevoegd op basis waarvan aan de Vlaamse Regering de machtiging wordt verleend om aan Tunnel Liefkenshoek NV een generieke waarborg toe te kennen.

Zoals hierboven reeds kort toegelicht wordt de mogelijkheid tot het verlenen van voormelde waarborg verantwoord doordat deze tot doel heeft om Tunnel Liefkenshoek NV in staat te stellen om de schuldfinanciering die nodig is voor de uitvoering van de haar desgevallend door BAM toevertrouwde taken tegen de best mogelijke voorwaarden aan te trekken.

Een overheidsgarantie zal allicht toelaten betere financieringsvoorwaarden voor de ganse (financierings)structuur te bekomen zonder dat:

- a) gebruik zou moeten worden gemaakt van de in de langetermijnovereenkomst voorziene beëindigingsvergoeding als ‘credit underpinning guarantee’ (i.e. een garantie vanwege de aanbestedende overheid om in het geval van de beëindiging van de opdracht door de aanbestedende overheid ingevolge een aan Tunnel Liefkenshoek NV toerekenbare fout de terugbetaling van een bepaald minimum percentage (meestal 70%) van de door hen verschaft schuldfinanciering te garanderen);
- b) in de langetermijnovereenkomst in een allocatie van bepaalde restrisico’s inzake bouw zou moeten worden voorzien; en
- c) een toename van het eigen vermogen en bijgevolg een verhoging van de toltarieven zou moeten worden doorgevoerd.

Het generieke karakter van deze waarborg houdt in dat alle verbintenissen die Tunnel Liefkenshoek NV in het kader van de verwezenlijking van haar maatschappelijk doel

aangaat volledig worden afgedekt. Dit generiek karakter van de waarborg wordt verantwoord door de vereiste begrotingsneutraliteit in het kader van de realisatie en uitbating van de vierde Scheldeoeververbinding op basis van een lange termijnovereenkomst onder de vorm van een concessie. In het kader van een concessiestructuur kan met het oog op het bekomen van de best mogelijke financieringsvoorwaarden door de concessienemer een overheidswaarborg worden verleend zonder afbreuk te doen aan de sector kwalificatie van Tunnel Liefkenshoek NV op voorwaarde dat deze waarborg geldt voor het volledige bedrag van alle verbintenissen en uit het financieel plan van de concessienemer blijkt dat de kans dat deze waarborg dient te worden afgeroepen beperkt is.

Het generieke karakter van de waarborg wordt enigszins gemilderd doordat de waarborg enkel die verbintenissen afdekt die door Tunnel Liefkenshoek NV geldig zijn aangegaan en met het oog op de verwezenlijking van haar maatschappelijk doel dat tot op heden beperkt is tot de uitvoering van de concessie voor de Liefkenshoektunnel en te zijner tijd zal uitgebreid worden tot de Oosterweelverbinding.

Bovendien geldt de waarborg enkel voor zover de activiteiten van Tunnel Liefkenshoek NV beperkt zijn tot deze die de waarborg verantwoorden. Er wordt decretaal ingeschreven dat de waarborg enkel geldt voor zover het maatschappelijk doel van Tunnel Liefkenshoek niet wordt uitgebreid tot andere activiteiten dan de financiering, realisatie, beheer en exploitatie van betolde Scheldeoeververbindingen.

Teneinde de toets van de marktconformiteit mogelijk te maken specifiek voor deze waarborg, is een afwijking opgenomen van de bepalingen van het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest. Zo kan een marktconforme vergoeding bepaald worden voor de waarborg op basis van de specifiek daarvoor relevante parameters.

Om diverse redenen is deze gewestwaarborg niet te beschouwen als een steunmaatregel in het licht van de regels inzake staatssteun. Hoe dan ook bestaat de overtuiging dat de Europese Commissie zelfs indien het zou gaan om een steunmaatregel de gewestwaarborg zou goedkeuren in het kader van de aanmeldingsprocedure. De gewestwaarborg zal sowieso vooraf afgestemd worden bij de Europese Commissie.

Artikel 14

Gelet op de afbouw van BAM naar een de facto sui generis extern verzelfstandigd agentschap met een beperkte opdracht is het toezicht door twee commissarissen met een voltijdse opdracht niet langer te verantwoorden. Het toezicht wordt toevertrouwd aan twee commissarissen van de Vlaamse Regering met een deeltijdse opdracht. In dat kader zal ook de samenstelling van de raad van bestuur van BAM gereduceerd worden tot een maximum aantal leden van vijf in plaats van negen.

Artikel 15

Er wordt voorzien in de mogelijkheid voor BAM om een van de belangrijkste taken, met name de financiering, realisatie, beheer en/of exploitatie van de Scheldeoeververbindingen, en in eerste instantie de Oosterweelverbinding, toe te vertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV.

Deze entiteit is niet onderworpen aan dezelfde rapporteringsverplichtingen als BAM. Er moet, zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijkheid van Tunnel Liefkenshoek NV en uiteraard ook rekening houdend met de rechtmatige bedrijfsbelangen van deze onderneming, over gewaakt worden dat BAM nog afdoende kan rapporteren aan onder meer het

Rekenhof. BAM zal daarvoor de nodige garanties moeten inbouwen in de overeenkomsten die zij in voorkomend geval zal afsluiten met Tunnel Liefkenshoek NV.

Artikel 16

In artikel 6, 4°, wordt bepaald dat het recht van wederoverdracht zoals bedoeld in artikel 23 van de wet van 17 april 1835 op de onteigening ten algemenen nutte niet van toepassing is op de gronden die worden onteigend door BAM op grond van het BAM-decreet indien de op basis van dit artikel onteigende gronden worden benut met het oog op de realisatie van de in artikel 4 omschreven opdrachten van BAM.

Teneinde het risico uit te sluiten dat onzekerheid ontstaat over de gronden die reeds werden onteigend in het kader van de uitvoering van de opdracht van BAM en met het oog op de goede werking van de diensten, wordt deze regeling van toepassing verklaard op de gronden die reeds voor de inwerkingtreding van dit wijzigingsdecreet werden onteigend op grond van het BAM-decreet.

In zijn advies 51.121/3 van 11 april 2012 merkt de afdeling Wetgeving van de Raad van State op dat de retroactiviteit, zoals in het ontwerp verwoord, ook van toepassing is op de onteigende gronden waarvoor de oorspronkelijke eigenaar reeds een beroep heeft gedaan op artikel 23 van de Onteigeningswet van 17 april 1935. De stellers van het ontwerp dienden na te gaan of dergelijke gevallen zich al hebben voorgedaan. Mocht dat het geval zijn, dan leek de retroactiviteit moeilijk te verantwoorden, en dan zou er voor die gevallen in een uitzondering moeten voorzien worden, aldus de Raad van State.

Navraag bij BAM leert dat geen van de oorspronkelijke eigenaars reeds een beroep heeft gedaan op artikel 23 van de Onteigeningswet van 17 april 1935. Het is dus niet noodzakelijk om artikel van 16 van het ontwerp aan te passen in de zin zoals door de afdeling Wetgeving van de Raad van State gesuggereerd.

De minister-president van de Vlaamse Regering,

Kris PEETERS

Vlaams minister van Mobiliteit en Openbare Werken,

Hilde CREVITS

Vlaams minister van Financiën, Begroting, Werk,
Ruimtelijke Ordening en Sport,

Philippe MUYTERS

VOORONTWERP VAN DECREET

Voorontwerp van decreet tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 13 december 2002 houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM)

Artikel 1. Dit decreet regelt een gewestaangelegenheid.

Artikel 2. In artikel 4 van het decreet van 13 december 2002 houdende oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM) wordt tussen het eerste en het tweede lid een nieuw lid ingevoegd, dat luidt :

“BAM staat in het kader van haar taken, onverminderd artikel 6, § 1, ook in voor het beheer en de exploitatie, in voorkomend geval met inbegrip van de financiering en de realisatie, van de Schelde-oeververbindingen in de Antwerpse regio voor het gebruik waarvan tolgelden worden geheven.

BAM kan door de Vlaamse Regering eveneens geheel of gedeeltelijk worden belast met het geheel of een deel van de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van andere Schelde-oeververbindingen indien dit nodig is voor de realisatie van de in het vorige lid vermelde opdracht. De modaliteiten, verantwoordelijkheden, kostendekking en eventuele vergoeding daarvan worden vastgelegd in een overeenkomst tussen het Vlaamse Gewest en BAM.”

Artikel 3. Artikel 5 van het voormelde decreet wordt geschrapt.

Artikel 4. In artikel 6 van het voormelde decreet, waarvan de bestaande paragrafen 1 en 2 respectievelijk paragrafen 2 en 3 worden, wordt de volgende paragraaf 1 ingevoerd :

“§ 1. BAM is ertoe gemachtigd om de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de Schelde-oeververbindingen in de Antwerpse regio voor het gebruik waarvan tolgelden worden of zullen worden geheven geheel of gedeeltelijk toe te vertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV op basis van één of meerdere lange termijnovereenkomsten.

BAM kan, desgevallend in het kader van het precontractueel overleg met Tunnel Liefkenshoek NV, de in overleg met Tunnel Liefkenshoek NV te bepalen activa en in voorkomend geval passiva die nuttig zijn voor de voorbereiding van een in het vorige lid bedoelde lange termijnovereenkomst betreffende de Oosterweelverbinding overdragen aan Tunnel Liefkenshoek NV, in voorkomend geval bij wijze van inbreng in natura of als bedrijfstak.”

Artikel 5. In artikel 7 van het voormelde decreet worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in de eerste paragraaf wordt het tweede lid vervangen als volgt:

“Onverminderd artikel 4, tweede lid, kan de Vlaamse Regering de activa van het Vlaamse Gewest die betrekking hebben op de Schelde-oeververbindingen overdragen, al dan niet ten bezwarende titel, aan BAM, desgevallend middels inbreng.”

2° in de tweede paragraaf, eerste lid, worden tussen de woorden ‘waarvan zij eigenaar is’ en de woorden ‘of waarvan het beheer haar is toevertrouwd’ de woorden “waarop zij een zakelijk recht heeft,” ingevoegd.

3° er wordt een paragraaf 5 toegevoegd, die luidt als volgt:

“§ 5. het recht van wederoverdracht zoals voorzien in artikel 23 van de wet van 17 april 1835 op de onteigening ten algemene nutte is niet van toepassing op de onteigeningen die op basis van dit artikel worden doorgevoerd indien de op basis van dit artikel onteigende gronden worden benut met het oog op de realisatie van de in artikel 4 omschreven opdrachten van BAM hetzij door BAM zelf hetzij door derden met wie BAM terzake overeenkomsten sluit.”

Artikel 6. In artikel 8 van het voormelde decreet worden in paragraaf 1 tussen de woorden “de door BAM” en de woorden “beheerde gronden en infrastructuur” telkens de woorden “of in opdracht van BAM” ingevoegd.

Artikel 7. In artikel 9 van het voormelde decreet worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in paragraaf 1 worden tussen de woorden ‘uit te voeren’ en ‘die nodig zijn’ de woorden ‘of te laten uitvoeren’ ingevoegd;

2° in paragraaf 2 wordt na de eerste zin de volgende zin ingevoegd:

“BAM beschikt bovendien, mits akkoord van de betrokken domeinbeheerder, over hetzelfde recht naar aanleiding van werken in het kader van het Masterplan aan domein gelegen in de regio zoals bedoeld in artikel 4 dat BAM niet in eigendom heeft, waarop ze geen zakelijk recht heeft en dat zij ook niet beheert.”

3° in paragraaf 2 wordt na de woorden ‘de uitvoering der werken overgaan’ de woorden “of laten overgaan” ingevoegd.

4° er wordt een nieuwe paragraaf 3 toegevoegd, die luidt als volgt:

“Met het oog op een gecoördineerde uitvaardiging en uitvoering van verplaatsingsbevelen, kunnen het Vlaamse Gewest en de provincies en gemeenten van de regio zoals bedoeld in artikel 4, het geheel of een deel van de bevoegdheden en beslissingen die hen overeenkomstig de geldende regelgeving inzake verplaatsbevelen met betrekking tot alle nutsleidingen en kabels (waaronder, zonder beperking, leidingen en kabels met betrekking tot gas, elektriciteit, elektronische communicatie, televisie, water, rioleringen, chemische agentia, en aardolieproducten) toekomen door BAM in hun naam laten uitoefenen en uitvoeren.

Artikel 8. In artikel 9bis van het voormelde decreet, wordt een tweede lid toegevoegd dat luidt als volgt:

“Het voormelde lid geldt eveneens ten aanzien van Tunnel Liefkenshoek NV voor de opdrachten die haar worden toevertrouwd in het kader van de lange termijnovereenkomsten bedoeld in artikel 6, § 1.”

Artikel 9. In artikel 11 van het voormelde decreet wordt een tweede lid toegevoegd dat luidt als volgt:

“De Vlaamse instrumenterende ambtenaren, die door de Vlaamse Regering of het daartoe bevoegde lid van de Vlaamse Regering zijn aangewezen om alle bevoegdheden met onroerend karakter uit te oefenen in naam en voor rekening van de verzoekende Vlaamse overheid, zijn tevens bevoegd om, op

verzoek van BAM, de akten met onroerend karakter te verlijden ten name of ten bate van BAM, er authenticiteit aan te verlenen en er uitgiften van af te leveren.”

Artikel 10. In artikel 12 paragraaf 4 van het voormelde decreet wordt in de laatste zin van het derde lid het woord ‘van’ geschrapt.

Artikel 11. In artikel 15 van het voormelde decreet wordt de tweede paragraaf vervangen door wat volgt:

“BAM waakt er over dat het merendeel van de directe uitgaven voor de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de vierde Schelde-oeververbinding, met inbegrip van de daaraan gerelateerde schuldfinanciering, minstens gedurende de realisatie- en uitbatingsperiode niet beschouwd worden als uitgaven of schulden van de Vlaamse overheid in de zin van het Europees Rekeningenstelsel 1995.”

Artikel 12. Artikel 17 van het voormelde decreet wordt als volgt vervangen:

“Op voorstel van BAM bepaalt de Vlaamse Regering voorwaarden voor het vaststellen, het opleggen en het innen van tolgelden voor het gebruik door derden van de Schelde-oeververbindingen waarvan het beheer en de exploitatie, in voorkomend geval met inbegrip van de financiering en realisatie, conform artikel 4 aan BAM is toevertrouwd.

Binnen de grenzen van de door de Vlaamse Regering overeenkomstig het eerste lid bepaalde voorwaarden, is BAM gerechtigd om de tolgelden bedoeld in het eerste lid vast te stellen, op te leggen en te innen en om hiervoor nadere modaliteiten te bepalen .

BAM kan de in het vorige lid bedoelde rechten omtolgend vast te stellen, op te leggen en te innen en modaliteiten ter zake vast te stellen bij beslissing of overeenkomst toevertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV.”

Artikel 13. Er wordt een tweede lid toegevoegd aan artikel 18 van het voormelde decreet, dat luidt als volgt :

“Het Vlaamse Gewestmachtigt de Vlaamse Regering om alle verbintenissen te waarborgendie Tunnel Liefkenshoek NV ten aanzien van derden is aangegaan of zal aangaan, dit voor zover het maatschappelijk doel van Tunnel Liefkenshoek NV beperkt is en blijft tot de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van betolde Schelde-oeververbindingen in de Antwerpse regio. Deze waarborg maakt een onvoorwaardelijke, onherroepelijke, abstracte waarborg uit, afroepbaar op eerste verzoek die van kracht blijft tot al deze verbintenissen van Tunnel Liefkenshoek NV ten aanzien van derden volledig zijn voldaan.

Het vorige lid geldt enkel van zodra BAM een deel of het geheel van de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de Oosterweelverbinding overeenkomstig artikel 6, § 1 aan Tunnel Liefkenshoek NV heeft toevertrouwd door middel van een in toepassing van die bepaling afgesloten lange termijn overeenkomst.

De door de Vlaamse Regering van de Tunnel Liefkenshoek NV gevorderde vergoeding in ruil voor de in dit artikel bedoelde waarborg, kan eenmalig of periodiek zijn. Die vergoeding kan variëren in functie van de omvang van de waarborg of op grond van andere relevante parameters. Het niet of laattijdig betalen van de vergoeding door de Tunnel Liefkenshoek NV doet op geen enkele wijze afbreuk aan de rechtsgeldigheid of aan het onvoorwaardelijk, onherroepelijk en abstract karakter van de waarborg.

De in dit artikel bedoelde waarborg is niet onderworpen aan de bepalingen van het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest.”

Artikel 14. In artikel 23paragraaf 1 van het voormelde decreet wordt in de tweede zin het woord ‘voltijdse’ vervangen door het woord ‘deeltijdse’.

Artikel 15. Aan artikel 24 wordt een tweede lid toegevoegd, dat luidt als volgt :

“BAM waakt er bij het afsluiten van de in artikel 6, § 1 bedoelde lange termijnovereenkomsten over dat BAM, zonder dat daarbij afbreuk moet worden gedaan aan de rechtmatige bedrijfsbelangen van Tunnel Liefkenshoek NV, te allen tijde aan diens informatie- en rapporteringsverplichtingen aangaande de realisatie van het Masterplan kan voldoen.”

Artikel 16. [Dit decreet treedt in werking [***]]

In afwijking van het eerste lid heeft artikel 5, 3° van dit decreet uitwerking met ingang van 1 maart 2003.

ADVIES VAN DE MOBILITEITSRAAD VAN VLAANDEREN



Mevrouw Hilde CREVITS
Vlaams minister van Mobiliteit en Openbare Werken
Koning Albert II-laan 20 - Ferrarisgebouw

1000 BRUSSEL

contactpersoon
Frank Van Thillo
fvthillo@serv.be

ons kenmerk
MORA_BR_20120127_BAM

Brussel
27 januari 2012

Advies met betrekking tot het voorontwerp van decreet tot wijziging van het decreet van 13 december 2002 houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM) - statutenwijziging BAM

Mevrouw de minister,

De Mobiliteitsraad van Vlaanderen heeft uw adviesvraag van 10 januari over bovenvermeld voorontwerp van decreet op 27 januari 2012 besproken.

De MORA formuleert geen fundamentele opmerkingen bij het voorgelegde ontwerp, maar wenst wel enkele aandachtspunten voor het verdere verloop van dit dossier aan u over te maken.

In meerdere van zijn adviezen heeft de MORA de ambitie aangegeven om twee derde van de missing links tegen 2014 te realiseren. Deze ambitie kan slechts waargemaakt worden als alle projecten waarvoor financiering van PPS-formules wordt voorzien ook effectief worden gerealiseerd.

Daarom vindt de MORA dat de risico's op een inbreukprocedure door de Europese Unie zoals de Inspecteur-generaal van Financiën deze schetst in zijn advies, bijzondere ernstig genomen moeten worden. Deze risico's moeten prioritair uitgeklaard worden bij de verdere voorbereiding van dit dossier.


De afschaffing van een regeringscommissaris hoeft volgens de MORA niet te leiden tot verminderde controle bij de verdere realisatie van de Oosterweelverbinding. In het verleden is bewezen dat het Rekenhof en de Commissie Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaams Parlement in het kader van de voortgangsrapportage, hier een belangrijke rol spelen. Een absolute transparantie bij de voortgangsrapportage is wel een essentiële voorwaarde om deze controlerol te kunnen invullen.

De MORA is verbaasd dat bij de voorbereiding van dit ontwerpdecreet geen aandacht gaat naar de nakende invoering van de kilometerheffing voor vrachtwagens. Wanneer het alternatief van een elektronische verwerking van de kilometerheffing op het hele Vlaamse grondgebied aanwezig is en goed werkt kan de afhandeling van de tol voor de Scheldekruisingen gebeuren op basis van een free-flow voor het vrachtverkeer.

De MORA vraagt dat de Vlaamse Regering de garantie geeft om op termijn de tolverwerking (alles m.b.t. het inningsproces) volledig te integreren in de kilometerheffing. Het is wellicht aangewezen om reeds bij deze decreetwijziging hiervoor de nodige bevoegdheid aan de NV BAM te geven.

De Vlaamse Regering geeft in de Memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet aan dat zij naast een eenvormig beheer en exploitatie van de tolheffing ook een nivellering wil van de toltarieven geheven over de betolde Scheldeoeververbindingen. De Mobiliteitsraad wil er echter op wijzen dat gezien de geldende Europese regelgeving, ondermeer de ouderdom van de Liefkenshoektunnel eenvormige tarieven zal bemoeilijken. De doelstelling van voldoende trafiek en/of inkomsten over de Oosterweelverbinding is voor de MORA een onvoldoende legitimatie om de tarieven van de Liefkenshoektunnel op te trekken.

Met de meeste hoogachting,



Daan Schalck
voorzitter

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 51.121/3
VAN 11 APRIL 2012

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, derde kamer, op 21 maart 2012 door de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van diverse bepalingen van het decreet van 13 december 2002 houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM)’, heeft het volgende advies gegeven:

51.121/3

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

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het voor advies voorgelegde voorontwerp strekt ertoe het decreet van 13 december 2002 ‘houdende oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM)’ (hierna BAM-decreet) te wijzigen.

Volgens de memorie van toelichting

“[strekken] [d]e voorgestelde wijzigingen (...) ertoe om BAM te machtigen om de realisatie en de exploitatie van de Oosterweelverbinding en de sluiting van de Antwerpse Ring toe te vertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV, zonder dat BAM daarbij diens eigen taakstelling zou miskennen.

Deze wijzigingen kaderen binnen de beoogde afbouw van de activiteiten van BAM, waarbij BAM veeleer optreedt als instrument van het Vlaamse Gewest in de functie van concessiegever voor de Oosterweelverbinding en de uitvoering van de lopende en aan BAM toegewezen taken in het Masterplan. BAM zal de realisatie en exploitatie van de Oosterweelverbinding kunnen toevertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV via een concessie voor werken. BAM zal de haar resterende taken vervullen als een de facto extern verzelfstandigd agentschap.”

De wijzigingen strekken er verder toe om het beheer van de betolde Schelde-oeververbindingen in de Antwerpse regio te verenigen in één hand, zodat de tarieven op elkaar kunnen worden afgestemd en verkeersverlegging kan worden gecontroleerd.

VORMVEREISTEN

3. Uit het dossier blijkt niet dat het advies van de SERV werd gevraagd. Gelet op artikel 11, § 2, van het decreet van 7 mei 2004 ‘inzake de Sociaal-Economische Raad van Vlaanderen’ lijkt de Vlaamse Regering echter verplicht te zijn om de SERV te raadplegen.

¹ Aangezien het om een voorontwerp van decreet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

51.121/3

BEVOEGDHEID VAN HET VLAAMS GEWEST

4. Volgens artikel 1 van het ontwerp regelt het ontworpen decreet een gewestaangelegenheid.

Het ontwerp behoort in beginsel inderdaad tot de bevoegdheid van de gewesten, gelet op hun bevoegdheid, wat de openbare werken en het vervoer betreft, inzake de wegen en hun aanhorigheden (artikel 6, § 1, X, eerste lid, 1^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’), de waterwegen en hun aanhorigheden (artikel 6, § 1, X, eerste lid, 2^o, van de bijzondere wet), en het gemeenschappelijk stads- en streekvervoer (artikel 6, § 1, X, eerste lid, 8^o, van de bijzondere wet).²

5. Er moet evenwel rekening worden gehouden met artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1^o, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, op grond waarvan de federale overheid bevoegd is gebleven om “algemene regels vast te stellen” inzake de overheidsopdrachten. Zoals uit de parlementaire voorbereiding van de (bijzondere) wet van 8 augustus 1988 ‘tot wijziging van de bijzondere wet van 8 augustus 1980’ blijkt, wordt onder de “algemene regels inzake overheidsopdrachten” onder meer verstaan de beginselen die zijn vervat of geconcretiseerd in de reglementering inzake erkenning van de aannemers.³

Het bestaande artikel 9*bis* van het BAM-decreet voorziet in een afwijking, ten gunste van BAM, van de bepalingen van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’, wanneer BAM een beroep doet op aannemers voor de uitvoering van opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2 van die wet: BAM zelf dient dan niet te voldoen aan de bepalingen van die wet, de aannemers wel. Artikel 8 van het ontwerp strekt ertoe die afwijking uit te breiden naar “Tunnel Liefkenshoek NV voor de opdrachten die haar worden toevertrouwd in het kader van de lange-termijnovereenkomsten bedoeld in (het ontworpen) artikel 6, § 1 (van het BAM-decreet)”. Ook Tunnel Liefkenshoek NV wordt dus onttrokken aan de toepassing van de wet van 20 maart 1991.

Volgens de memorie van toelichting kan het invoeren van de afwijking ten behoeve van Tunnel Liefkenshoek NV gesteund worden op de impliciete bevoegdheden van het Vlaamse Gewest.

² Op grond van artikel 9 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kunnen de gemeenschappen en de gewesten gedecentraliseerde diensten, instellingen en ondernemingen oprichten, in de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren.

³ *Parl.St.* Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/6, pp. 126-127. Zie GwH 29 november 2000, nr. 122/2000, B.6; GwH 27 januari 2011, nr. 9/2011, B.3.4.

51.121/3

Op grond van artikel 10 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 kan de decreetgever aangelegenheden regelen die aan de federale overheid zijn voorbehouden. Daartoe is vereist dat de aangenomen regeling noodzakelijk is voor de uitoefening van de bevoegdheden van het gewest, dat de aangelegenheid zich leent tot een gedifferentieerde regeling en dat de weerslag van de betrokken bepalingen op die aangelegenheid slechts marginaal is.⁴

Volgens de memorie van toelichting is de afwijking van de wet van 20 maart 1991 verantwoord

“in het licht van de realisatie van het Masterplan. De afwijking is immers noodzakelijk om ervoor te zorgen dat BAM middels lange-termijn overeenkomsten (waaronder de concessie voor werken) werken kan toevertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV zonder dat deze laatste aannemer moet zijn of als zodanig kan worden erkend. De weerslag van de voorliggende afwijking op de federale bevoegdheid is hoe dan ook erg marginaal. De afwijking geldt net zoals deze ten aanzien van BAM enkel indien Tunnel Liefkenshoek NV zelf op haar beurt beroep doet op erkende aannemers.”

Die verantwoording maakt nog niet duidelijk waarom Tunnel Liefkenshoek NV niet geregistreerd kan worden als aannemer en de afwijking dus noodzakelijk is. Gelet op de omvang van het project lijkt het evenmin evident dat de weerslag van de ontworpen afwijking op de federale regeling slechts marginaal zou zijn.

Aan de gemachtigde is gevraagd of BAM en Tunnel Liefkenshoek NV optreden als aannemer. De gemachtigde heeft daarop het volgende antwoord gegeven:

“Het is juist dat er in het kader van een concessie voor werken enkel een erkenning wordt gevraagd in hoofde van degene die de werken uitvoert (daartoe desgevallend aangeduid door de concessiehouder indien deze zelf geen erkenning heeft). Buiten die uitdrukkelijke bepaling in de reglementering van de concessie voor werken geldt dergelijke uitzondering evenwel niet zonder meer. Het is weliswaar de intentie dat de lange-termijn overeenkomst met de exploitant van de Liefkenshoektunnel de vorm van een concessie voor werken zal aannemen, maar over de concrete modaliteiten daarvan bestaat heden geen zekerheid, noch omtrent de mate waarin deze exploitant zich integraal zal kunnen beroepen op uitzonderingsgronden die strikt gebonden zijn aan de concessie voor werken zoals die is afgesloten in de zin van de desbetreffende bepalingen van de wetgeving overheidsopdrachten. Vanuit die optiek is het aangewezen om de uitzondering die voorzien is in het BAM-decreet door te trekken naar de exploitant van de Liefkenshoektunnel.”

Nu het niet duidelijk is of en in hoeverre Tunnel Liefkenshoek NV handelingen zal stellen die de toepassing van de wet van 20 maart 1991 met zich brengen, is ook niet duidelijk of

⁴ Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bijvoorbeeld GwH 27 januari 2011, nr. 8/2011, B.8.6.

51.121/3

en in hoeverre het Vlaamse Gewest zich kan beroepen op enige noodzaak om van die wet af te wijken. Op dit punt moet de Raad van State dan ook een voorbehoud maken wat betreft de verenigbaarheid van de ontworpen regeling met de regels inzake de verdeling van de bevoegdheid tussen de federale overheid en de gewesten.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Indieningsbesluit

6. De tekst van het ontwerp moet worden geïntegreerd in een indieningsbesluit.

Artikel 4

7. Overeenkomstig het ontworpen artikel 6, § 1, eerste lid, van het BAM-decreet is BAM “ertoe gemachtigd om de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de Schelde-oeververbindingen in de Antwerpse regio voor het gebruik waarvan tolgelden worden of zullen worden geheven, geheel of gedeeltelijk toe te vertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV op basis van één of meerdere lange-termijnovereenkomsten”.

In de memorie van toelichting wordt uiteengezet dat het hier gaat om een lange-termijnovereenkomst “onder de vorm van een concessie voor werken”. Op het eerste gezicht lijkt een dergelijke concessie voor werken onderworpen te zijn aan het voorschrift van bekendmaking, bedoeld in de artikelen 123 en volgende van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’. In elk geval blijkt uit het dossier niet waarom de verplichting tot aankondiging van een concessie van openbare werken hier niet zou gelden. Het ontworpen artikel 6, § 1, van het BAM-decreet heeft echter tot gevolg dat BAM een concessie kan verlenen aan Tunnel Liefkenshoek NV zonder dat de concessie vooraf is aangekondigd en zonder dat er dus mededinging is tussen verscheidene belangstellenden.

Gevraagd naar een verantwoording voor het toevertrouwen van de concessie aan Tunnel Liefkenshoek NV, zonder een beroep op de mededinging, heeft de gemachtigde aanvankelijk verwezen naar een uiteenzetting van de heer Van Rensbergen, CEO van BAM, voor de Commissie voor Mobiliteit en Openbare Werken van het Vlaams Parlement, naar aanleiding van een bespreking van het Masterplan 2020.⁵ Uit die uiteenzetting kan evenwel geen sluitende

⁵ Verslag namens de Commissie voor Mobiliteit en Openbare Werken over de eerste voortgangsrapportage van de Vlaamse Regering met betrekking tot het Masterplan 2020, *Parl.St.* VI. Parl. 2010-11, nr. 63/6, 42-43.

51.121/3

juridische verantwoording voor het niet bekendmaken van de concessie worden afgeleid. Integendeel, de spreker was zich ervan bewust dat het beroep op de uitzonderingsgronden in de wetgeving overheidsopdrachten een risico inhield, “omdat het altijd om een interpretatie gaat en die uitzonderingsgronden (...) nu eenmaal zeer limitatief en beperkt [zijn]”.⁶

Later heeft de gemachtigde een bijkomende uitleg verstrekt. De daarin vervatte verantwoording komt neer op het volgende:

- het toekennen van de concessie aan Tunnel Liefkenshoek NV is de enige manier om de Oosterweelverbinding te realiseren binnen de randvoorwaarde om ESR-95 neutraal te blijven, d.w.z. zonder gevolgen voor de begroting van de Vlaamse overheid;
- inzake gewone overheidsopdrachten voorziet artikel 17, § 2, 1^o, f), van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ in de mogelijkheid om de opdracht via onderhandelingen, zonder bekendmaking, aan een welbepaalde onderneming te gunnen, wanneer de opdracht omwille van de technische of artistieke specificiteit of omwille van exclusieve rechten slechts aan één aannemer kan worden toevertrouwd (omzetting van vroegere artikel 7, lid 3, b), van richtlijn 1993/37⁷, thans artikel 31, lid 1, b), van richtlijn 2004/18/EG⁸ (“Gevallen waarin de toepassing van de procedure van gunning door onderhandelingen zonder bekendmaking van een aankondiging van een opdracht gerechtvaardigd is”));
- een dergelijke mogelijkheid wordt weliswaar niet uitdrukkelijk vermeld voor het geval van een concessie van werken. Uit een arrest van het Hof van Justitie van 27 oktober 2005⁹ blijkt

⁶ Aangehaald verslag, *Parl.St.* VI. Parl. 2010-11, nr. 63/6, 43.

⁷ Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken’.

⁸ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

⁹ HvJ, 27 oktober 2005, Commissie t. Italië, nrs. C-187/04 en C-188/04, §§ 23 tot 25, niet gepubliceerd:

“23. En troisième lieu, s’agissant des arguments du gouvernement italien selon lesquels, d’une part, en vertu des dispositions nationales pertinentes, les travaux en cause seraient des ouvrages relevant des interventions comprises dans la mission normale de la concession initiale, auxquels la directive 93/37 ne s’appliquerait pas, et, d’autre part, un éventuel appel d’offres pour l’attribution de la concession autonome se serait traduit par une absence de concurrents, il convient de rappeler qu’il ne peut être recouru à la procédure négociée sans publication préalable d’un avis de marché que dans les cas limitativement énumérés à l’article 7, paragraphe 3, de cette directive.

24. À cet égard, il y a lieu de relever que, selon une jurisprudence constante, les dispositions d’une directive qui autorisent des dérogations aux règles visant à garantir l’effectivité des droits reconnus par le traité CE dans le secteur des marchés publics de travaux doivent faire l’objet d’une interprétation stricte et que c’est à celui qui entend s’en prévaloir qu’incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement (arrêts du 18 mai 1995, Commission/Italie, C-57/94, Rec. p. I-1249, point 23; du 28 mars 1996, Commission/Allemagne, C-318/94, Rec. p. I-1949, point 13, et du 13 janvier 2005,

51.121/3

- evenwel dat de gevallen waarin een overheidsopdracht van werken zonder bekendmaking kan worden gegund ook gelden voor een concessie van openbare werken. Dat standpunt wordt ook gehuldigd in een interpretatieve mededeling van de Europese Commissie¹⁰;
- het voorgaande standpunt wordt bevestigd door een voorstel van de Europese Commissie van 20 december 2011 voor een richtlijn inzake de gunning van concessieopdrachten.¹¹ In artikel 26, lid 5, van dat voorstel worden expliciet uitzonderingsgronden ingevoerd die vergelijkbaar zijn met die welke gelden voor overheidsopdrachten voor werken, waaronder de genoemde uitzondering om technische redenen (artikel 26, lid 5, b)).

De Raad van State is van oordeel dat de argumentatie van de gemachtigde op het eerste gezicht verdedigbaar is.

De Raad moet echter ook vaststellen dat de Inspectie van Financiën het met die argumentatie niet eens is.¹² Volgens de Inspectie van Financiën is, ten eerste, niet aangetoond dat er objectieve omstandigheden zijn die maken dat alleen Tunnel Liefkenshoek NV in aanmerking zou kunnen komen voor de concessie, en berust, ten tweede, de interpretatie van het arrest van het Hof van Justitie van 27 oktober 2005 op een betwistbare lezing van dat arrest. De Inspectie van Financiën besluit met een expliciete waarschuwing “voor het risico dat een inbreukprocedure door (de Europese) Commissie zou worden ingesteld, indien BAM nv de concessie voor openbare werken zou gunnen met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking aan (Tunnel Liefkenshoek NV)”.

De gemachtigde heeft verklaard “dat de Vlaamse Regering voorafgaand aan de toewijzing van de concessie voor werken aan Tunnel Liefkenshoek NV de vooropgestelde werkwijze zal afstemmen met de Europese Commissie”. Gelet op dat voornemen, beperkt de Raad van State zich ertoe om in het kader van het voorliggende advies een voorbehoud te maken. Het staat dan aan de Europese Commissie om zich over de verenigbaarheid met de Europese regels inzake overheidsopdrachten uit te spreken.

*Commission/Espagne, C-84/03, Rec. p. I-139, point 48).*25. *Or, le gouvernement italien n'a pas démontré l'existence d'une situation justifiant l'application de l'une des exceptions prévues par la directive 93/37 en particulier, celles figurant à l'article 7, paragraphe 3, sous a) et d), de celle-ci.*”

¹⁰ Interpretatieve mededeling van de Commissie van 1 augustus 2006 over de gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, p. 5.

¹¹ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten, 20 december 2011, COM(2011)0897 (def.).

¹² Advies van 21 november 2011 over het voorliggende voorontwerp van decreet.

51.121/3

8. In het ontworpen artikel 16, § 1, eerste lid, van het BAM-decreet is sprake van Schelde-oeververbindingen voor het gebruik waarvan “tolgelden worden of zullen worden geheven”.

Het is niet duidelijk waarom de woorden “zullen worden (geheven)” worden gebruikt. In het ontworpen artikel 4, tweede lid (artikel 2 van het ontwerp), wordt enkel gesproken van Schelde-oeververbindingen voor het gebruik waarvan “tolgelden worden geheven”. De Raad van State raadt aan om zoveel mogelijk dezelfde terminologie te gebruiken.

Artikel 10

9. In artikel 12, § 4, derde lid, laatste zin, van het BAM-decreet komt tweemaal het woord “van” voor. Er dient dan ook duidelijker bepaald te worden welk woord geschrapt moet worden.

Artikel 13

10. Artikel 13 van het ontwerp voorziet in de aanvulling van artikel 18 van het BAM-decreet met een tweede tot een vijfde lid (niet enkel een tweede lid), waarbij de Vlaamse Regering gemachtigd wordt om alle verbintenissen te waarborgen die Tunnel Liefkenshoek NV ten aanzien van derden is aangegaan of zal aangaan, voor zover het maatschappelijk doel beperkt is en blijft tot de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van betolde Schelde-oeververbindingen in de Antwerpse regio. Het betreft een onvoorwaardelijke, onherroepelijke abstracte waarborg, afroepbaar op eerste verzoek. De Vlaamse Regering kan van Tunnel Liefkenshoek NV een vergoeding vragen, maar het niet betalen hiervan heeft geen invloed op het onvoorwaardelijk, onherroepelijk en abstract karakter van de waarborg.

Aan de gemachtigde werd gevraagd of de gewestwaarborg moet worden beschouwd als een steunmaatregel in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), en of, in bevestigend geval, de steunmaatregel beschouwd kan worden als verenigbaar met de interne markt.

De gemachtigde heeft hierop een uitvoerige verantwoording bezorgd. Daaruit zou moeten blijken dat er redenen zijn om aan te nemen dat het niet gaat om een steunmaatregel,¹³ en

¹³ De gemachtigde voert in de eerste plaats aan dat de bouw en de exploitatie van de Oosterweelverbinding geen “economische activiteit” is waarop de regels inzake de staatssteun van toepassing zouden zijn. Voorts voert hij aan dat Tunnel Liefkenshoek NV geen “voordeel” ontvangt, nu de aan die vennootschap ter beschikking gestelde

51.121/3

subsidiair, dat er redenen zijn om aan te nemen dat, als het wel om een steunmaatregel gaat, de Europese Commissie zich daartegen niet zal verzetten.¹⁴

De gemachtigde heeft ook verklaard dat de ontworpen gewestwaarborg ten gunste van Tunnel Liefkenshoek NV, samen met de andere aspecten van de concessieovereenkomst, aan de Europese Commissie zal worden aangemeld (zie artikel 108, lid 3, VWEU). In die omstandigheden beperkt de Raad van State zich ook op dit punt tot het maken van een voorbehoud, en laat hij het aan de Europese Commissie over om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van de waarborgregeling met de Europese regels inzake staatssteun.

Artikel 16

11. Volgens artikel 16, eerste lid, van het ontwerp treedt het ontworpen decreet in werking op een nog nader te preciseren datum.

De gemachtigde heeft verklaard dat die bepaling kan worden geschrapt. Er lijkt inderdaad geen reden te zijn waarom de gewone regel inzake de inwerkingtreding van decreten niet kan worden toegepast.

12. Volgens artikel 16, tweede lid, van het ontwerp heeft artikel 5, 3°, van het ontworpen decreet uitwerking met ingang van 1 maart 2003. Het genoemde artikel 5, 3°, van het ontwerp strekt ertoe om artikel 7 van het BAM-decreet aan te vullen met een paragraaf 5, waarbij aan de onteigenden onder bepaalde voorwaarden het recht van wederoverdracht van het onteigende goed wordt ontzegd.

In de memorie van toelichting wordt de terugwerkende kracht verantwoord als volgt:

“Teneinde het risico uit te sluiten dat onzekerheid ontstaat over de gronden die reeds werden onteigend in het kader van de uitvoering van de opdracht van BAM en met het oog op de goede werking van de diensten, wordt deze regeling van toepassing

middelen strikt beperkt zijn tot het realiseren van de openbare infrastructuur, zonder dat er een risico bestaat op overcompensatie of kruissubsidiëring met andere niet-publieke taken (of taken die niet van algemeen belang zijn).

¹⁴ De gemachtigde verwijst in de eerste plaats naar artikel 107, lid 3, c), VWEU, op grond waarvan als verenigbaar met de interne markt worden beschouwd “steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken, mits de voorwaarden waaronder het handelsverkeer plaatsvindt daardoor niet zodanig worden veranderd dat het gemeenschappelijk belang wordt geschaad”. Hij voert voorts aan dat ook een beroep kan worden gedaan op de EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011) (mededeling 2012/C 8/03 van de Europese Commissie, *PB* nr. C 8 van 11 januari 2012, p. 5).

51.121/3

verklaard op de gronden die reeds vóór de inwerkingtreding van dit wijzigingsdecreet werden onteigend op grond van het BAM-decreet.”

Zoals de inwerkingtreding nu wordt verwoord, is deze bepaling ook van toepassing op onteigende gronden waarvoor de oorspronkelijke eigenaar reeds een beroep heeft gedaan op artikel 23 van de onteigeningswet van 17 april 1835. De stellers van het ontwerp dienen na te gaan of dergelijke gevallen zich al hebben voorgedaan. Mocht dat het geval zijn, dan lijkt de terugwerkende kracht moeilijk te verantwoorden, en dan zou er voor die gevallen in een uitzondering moeten voorzien worden.

51.121/3

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LEMMENS,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, B. SEUTIN,	staatsraden,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevrouw A. SOMERS, auditeur.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

G. VERBERCKMOES

P. LEMMENS

ONTWERP VAN DECREET

ONTWERP VAN DECREET

Artikel 1. Dit decreet regelt een gewestaangelegenheid.

Art. 2. In artikel 4 van het decreet van 13 december 2002 houdende oprichting van de naamloze vennootschap van publiek recht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM) worden tussen het eerste en het tweede lid twee nieuwe leden ingevoegd, die luiden:

“BAM staat in het kader van haar taken, onverminderd artikel 6, §1, ook in voor het beheer en de exploitatie, in voorkomend geval met inbegrip van de financiering en de realisatie, van de Scheldeoeververbindingen in de Antwerpse regio voor het gebruik waarvan tolgelden worden of zullen worden geheven.

BAM kan door de Vlaamse Regering eveneens geheel of gedeeltelijk worden belast met het geheel of een deel van de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van andere Scheldeoeververbindingen indien dit nodig is voor de realisatie van de in het vorige lid vermelde opdracht. De modaliteiten, verantwoordelijkheden, kostendekking en eventuele vergoeding daarvan worden vastgelegd in een overeenkomst tussen het Vlaamse Gewest en BAM.”.

Art. 3. Artikel 5 van het voormelde decreet wordt geschrapt.

Art. 4. In artikel 6 van het voormelde decreet, waarvan de bestaande paragrafen 1 en 2 respectievelijk paragrafen 2 en 3 worden, wordt de volgende paragraaf 1 ingevoegd:

“§1. BAM is ertoe gemachtigd om de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de Scheldeoeververbindingen in de Antwerpse regio voor het gebruik waarvan tolgelden worden of zullen worden geheven geheel of gedeeltelijk toe te vertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV op basis van één of meerdere langetermijnovereenkomsten.

BAM kan, desgevallend in het kader van het precontractueel overleg met Tunnel Liefkenshoek NV, de in overleg met Tunnel Liefkenshoek NV te bepalen activa en in voorkomend geval passiva die nuttig zijn voor de voorbereiding van een in het vorige lid bedoelde langetermijnovereenkomst betreffende de Oosterweelverbinding overdragen aan Tunnel Liefkenshoek NV, in voorkomend geval bij wijze van inbreng in natura of als bedrijfstak.”.

Art. 5. In artikel 7 van het voormelde decreet worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in de eerste paragraaf wordt het tweede lid vervangen als volgt:

“Onverminderd artikel 4, tweede lid, kan de Vlaamse Regering de activa van het Vlaamse Gewest die betrekking hebben op de Scheldeoeververbindingen overdragen, al dan niet ten bezwarende titel, aan BAM, desgevallend middels inbreng.”;

2° in de tweede paragraaf, eerste lid, worden tussen de woorden “waarvan zij eigenaar is” en de woorden “of waarvan het beheer haar is toevertrouwd” de woorden “waarop zij een zakelijk recht heeft,” ingevoegd;

3° er wordt een paragraaf 5 toegevoegd, die luidt als volgt:

“§5. Het recht van wederoverdracht zoals voorzien in artikel 23 van de wet van 17 april 1835 op de onteigening ten algemene nutte is niet van toepassing op de onteigeningen die op basis van dit artikel worden doorgevoerd indien de op basis van dit artikel ont-eigende gronden worden benut met het oog op de realisatie van de in artikel 4 omschreven opdrachten van BAM hetzij door BAM zelf hetzij door derden met wie BAM ter zake overeenkomsten sluit.”.

Art. 6. In artikel 8 van het voormelde decreet worden in paragraaf 1 tussen de woorden “de door BAM” en de woorden “beheerde gronden en infrastructuur” telkens de woorden “of in opdracht van BAM” ingevoegd.

Art. 7. In artikel 9 van het voormelde decreet worden de volgende wijzigingen aangebracht:

1° in paragraaf 1 worden tussen de woorden “uit te voeren” en “die nodig zijn” de woorden “of te laten uitvoeren” ingevoegd;

2° in paragraaf 2 wordt na de eerste zin de volgende zin ingevoegd:

“BAM beschikt bovendien, mits akkoord van de betrokken domeinbeheerder, over hetzelfde recht naar aanleiding van werken in het kader van het Masterplan aan domein gelegen in de regio zoals bedoeld in artikel 4 dat BAM niet in eigendom heeft, waarop ze geen zakelijk recht heeft en dat zij ook niet beheert.”;

3° in paragraaf 2 wordt na de woorden “de uitvoering der werken overgaan” de woorden “of laten overgaan” ingevoegd;

4° er wordt een nieuwe paragraaf 3 toegevoegd, die luidt als volgt:

“§3. Met het oog op een gecoördineerde uitvaardiging en uitvoering van verplaatsingsbevelen, kunnen het Vlaamse Gewest en de provincies en gemeenten van de regio zoals bedoeld in artikel 4, het geheel of een deel van de bevoegdheden en beslissingen die hen overeenkomstig de geldende regelgeving inzake verplaatsbevelen met betrekking tot alle nutsleidingen en kabels (waaronder, zonder beperking, leidingen en kabels met betrekking tot gas, elektriciteit, elektronische communicatie, televisie, water, rioleringen, chemische agentia, en aardolieproducten) toekomen door BAM in hun naam laten uitoefenen en uitvoeren.”.

Art. 8. In artikel 9bis van het voormelde decreet, wordt een tweede lid toegevoegd dat luidt als volgt:

“Het voormelde lid geldt eveneens ten aanzien van Tunnel Liefkenshoek NV voor de opdrachten die haar worden toevertrouwd in het kader van de langetermijnovereenkomsten bedoeld in artikel 6, §1.”.

Art. 9. In artikel 11 van het voormelde decreet wordt een tweede lid toegevoegd dat luidt als volgt:

“De Vlaamse instrumenterende ambtenaren, die door de Vlaamse Regering of het daartoe bevoegde lid van de Vlaamse Regering zijn aangewezen om alle bevoegdheden met onroerend karakter uit te oefenen in naam en voor rekening van de verzoekende Vlaamse overheid, zijn tevens bevoegd om, op verzoek van BAM, de akten met onroerend karakter te verlijden ten name of ten bate van BAM, er authenticiteit aan te verlenen en er uitgiften van af te leveren.”.

Art. 10. In artikel 12, paragraaf 4, van het voormelde decreet wordt in de laatste zin van het derde lid het woord “van” tussen de woorden “de” en “opschortende” geschrapt.

Art. 11. In artikel 15 van het voormelde decreet wordt de tweede paragraaf vervangen door wat volgt:

“§2. BAM waakt er over dat het merendeel van de directe uitgaven voor de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de vierde Scheldeoeververbinding, met inbegrip van de daaraan gerelateerde schuldfinanciering, minstens gedurende de realisatie- en uit-

batingsperiode niet beschouwd worden als uitgaven of schulden van de Vlaamse overheid in de zin van het Europees Rekeningenstelsel 1995.”.

Art. 12. Artikel 17 van het voormelde decreet wordt als volgt vervangen:

“Art. 17. Op voorstel van BAM bepaalt de Vlaamse Regering voorwaarden voor het vaststellen, het opleggen en het innen van tolgelden voor het gebruik door derden van de Schelde-oeververbindingen waarvan het beheer en de exploitatie, in voorkomend geval met inbegrip van de financiering en realisatie, conform artikel 4 aan BAM is toevertrouwd.

Binnen de grenzen van de door de Vlaamse Regering overeenkomstig het eerste lid bepaalde voorwaarden, is BAM gerechtigd om de tolgelden bedoeld in het eerste lid vast te stellen, op te leggen en te innen en om hiervoor nadere modaliteiten te bepalen.

BAM kan de in het vorige lid bedoelde rechten om tolgelden vast te stellen, op te leggen en te innen en modaliteiten ter zake vast te stellen bij beslissing of overeenkomst toevertrouwen aan Tunnel Liefkenshoek NV.”.

Art. 13. Er wordt een tweede, derde, vierde en vijfde lid toegevoegd aan artikel 18 van het voormelde decreet, die luiden als volgt:

“Het Vlaamse Gewest machtigt de Vlaamse Regering om alle verbintenissen te waarborgen die Tunnel Liefkenshoek NV ten aanzien van derden is aangegaan of zal aangaan, dit voor zover het maatschappelijk doel van Tunnel Liefkenshoek NV beperkt is en blijft tot de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van betolde Scheldeoeververbindingen in de Antwerpse regio. Deze waarborg maakt een onvoorwaardelijke, onherroepelijke, abstracte waarborg uit, afroepbaar op eerste verzoek die van kracht blijft tot al deze verbintenissen van Tunnel Liefkenshoek NV ten aanzien van derden volledig zijn voldaan.

Het vorige lid geldt enkel van zodra BAM een deel of het geheel van de financiering, de realisatie, het beheer en de exploitatie van de Oosterweelverbinding overeenkomstig artikel 6, §1, aan Tunnel Liefkenshoek NV heeft toevertrouwd door middel van een in toepassing van die bepaling afgesloten langetermijnovereenkomst.

De Vlaamse Regering kan van de Tunnel Liefkenshoek NV een eenmalige of periodieke vergoeding vorderen in ruil voor de in dit artikel bedoelde waarborg. Die vergoeding kan variëren in functie van de omvang van de waarborg of op grond van andere relevante parameters. Het niet of laattijdig betalen van de vergoeding door de Tunnel Liefkenshoek NV doet op geen enkele wijze afbreuk aan de rechtsgeldigheid of aan het onvoorwaardelijk, onherroepelijk en abstract karakter van de waarborg.

De in dit artikel bedoelde waarborg is niet onderworpen aan de bepalingen van het decreet van 7 mei 2004 houdende bepalingen inzake kas-, schuld- en waarborgbeheer van de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest.”.

Art. 14. In artikel 23, paragraaf 1, van het voormelde decreet wordt in de tweede zin het woord “voltijdse” vervangen door het woord “deeltijdse”.

Art. 15. Aan artikel 24 wordt een tweede lid toegevoegd, dat luidt als volgt:

“BAM waakt er bij het afsluiten van de in artikel 6, §1, bedoelde langetermijnovereenkomsten over dat BAM, zonder dat daarbij afbreuk moet worden gedaan aan de rechtmatige bedrijfsbelangen van Tunnel Liefkenshoek NV, te allen tijde aan diens informatie- en rapporteringsverplichtingen aangaande de realisatie van het Masterplan kan voldoen.”.

Art. 16. Dit decreet treedt in werking op de tiende dag na de bekendmaking in het Belgisch Staatsblad, met uitzondering van artikel 5, 3°, van dit decreet dat uitwerking heeft met ingang van 1 maart 2003.

Brussel, 4 mei 2012.

De minister-president van de Vlaamse Regering,

Kris PEETERS

Vlaams minister van Mobiliteit en Openbare Werken,

Hilde CREVITS

Vlaams minister van Financiën, Begroting, Werk,
Ruimtelijke Ordening en Sport,

Philippe MUYTERS