

Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers

GEWONE ZITTING 1995-1996 (*)

22 MEI 1996

WETSVOORSTEL

**tot wijziging van artikel 17, § 2 van de
gecoördineerde wetten op de Raad
van State**

(Ingediend door de heer Geert Bourgeois)

TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

Artikel 17, § 2, eerste lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State stelt, naast het aanvoeren van ernstige middelen die de vernietiging kunnen verantwoorden, als tweede voorwaarde voor de mogelijke schorsing van de tenuitvoerlegging van een administratieve rechtshandeling dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Dit wetsvoorstel strekt ertoe (a) een oplossing te bieden voor de problemen met betrekking tot de toepassingsvoorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel (MTHEN) bij de gunning van overheidsopdrachten en (b) in de Belgische wetgeving uitvoering te geven aan de richtlijn van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (89/665).

De Nederlandstalige kamers van de Raad van State passen artikel 17, § 2, vrij soepel toe, overeenkomstig de bedoeling en de tekst van de wet.

(*) Tweede zitting van de 49^e zittingsperiode.

Chambre des Représentants de Belgique

SESSION ORDINAIRE 1995-1996 (*)

22 MAI 1996

PROPOSITION DE LOI

**modifiant l'article 17, § 2,
des lois coordonnées sur
le Conseil d'Etat**

(Déposée par M. Geert Bourgeois)

DEVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

L'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat prévoit que la suspension éventuelle de l'exécution d'un acte d'une autorité administrative ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation sont invoqués et à la condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable.

La présente proposition de loi a pour objet (a) d'apporter une solution aux problèmes posés par la condition d'application du préjudice grave difficilement réparable lors de la passation de marchés publics et (b) de transposer dans la législation belge la directive du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (89/665).

Les chambres néerlandophones du Conseil d'Etat appliquent l'article 17, § 2, avec une certaine souplesse, dans le respect de l'esprit et de la lettre de la loi.

(*) Deuxième session de la 49^e législature.

De Franstalige kamers daarentegen « stellen zich restrictiever op en stellen dat het pecuniair nadeel dat voortvloeit uit het niet verkrijgen van een overheidsopdracht niet moeilijk te herstellen is, inzonderheid doordat artikel 12, § 3 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten een mogelijkheid tot schadevergoeding opent. Zij zijn voorts van oordeel dat het verlies aan commerciële reputatie en uitstraling geen MTHEN is, zeker niet wanneer de betrokken firma samen met enkele anderen geweerd is omdat zij niet voldeed aan de voorwaarden van het lastencohier » (E. Lanckswert, *Het administratief kort geding*, Deurne, Kluwer, 1993, n° 237, blz. 126).

Deze gevestigde rechtspraak van de Franstalige kamers is *contra legem*, aangezien het MTHEN als het ware gereduceerd wordt tot een potentieel pecuniair nadeel, dat bijna altijd herstelbaar is. Andere elementen kunnen echter evenzeer een MTHEN, zelfs een onherstelbaar ernstig nadeel opleveren.

Volgens J. Stevens, auditeur in de Raad van State, kan betwijfeld worden of dergelijke rechtspraak wel in overeenstemming is met de *ratio legis* van de wet van 18 juli 1991. (« De doorwerking van het Europees Gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten. Overheidsopdrachten: Europese en nationale « rechtsbescherming », weinig wol? », R.W., 1995-1996, 1119).

Zeer zeker is deze rechtspraak *contra legem*, nu vaststaat dat de Belgische wet richtlijnconform dient geïnterpreteerd te worden: de nationale rechter, in casu de Raad van State in kort geding, dient de voorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel te interpreteren conform de voorwaarde van de richtlijn, namelijk benadeeld zijn of benadeeld dreigen te worden, voor zover het opdrachten betreft die gelijk zijn aan de Europese drempelbedragen of ze overschrijden, J. Stevens, *o.c.*, 1118).

Een en ander heeft aberrante gevolgen:

— Het verschil in rechtspraak tussen de Nederlandstalige en de Franstalige kamers van de Raad van State leidt tot « kamershopping »: Franstalige en buitenlandse ondernemingen pogen de Nederlandstalige kamers te adriëren (cf. J. Stevens, *o.c.*, 1118).

— De rechtsbescherming is verre van volmaakt: de tenuitvoerlegging van volstrekt nietige gunningen wordt niet geschorst. Deze toewijzingsbeslissing wordt pas enkele jaren later nietig verklaard, doch heeft ondertussen haar volledige uitwerking gehad.

Wat is dit voor een rechtsorde, waarin de ter beschikking staande middelen niet aangewend worden om de tenuitvoerlegging van een onregelmatige gunning « in de kiem te smoren »?

Les chambres francophones, en revanche, s'en tiennent à une interprétation plus restrictive et estiment que le préjudice financier résultant de la non-obtention d'un marché public n'est pas difficilement réparable, notamment du fait que l'article 12, § 3, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services prévoit la possibilité de réclamer des dommages et intérêts. Elles estiment par ailleurs que l'atteinte à la réputation et à la renommée commerciale ne constitue pas un préjudice grave difficilement réparable, certainement pas lorsque la société concernée a été écartée, en même temps que d'autres, parce qu'elle ne remplissait pas les conditions du cahier des charges. (E. Lanckswert, *Het administratief kort geding*, Deurne, Kluwer, 1993, n° 237, p. 126).

Cette jurisprudence constante des Chambres francophones est *contra legem*, étant donné que le préjudice grave difficilement réparable est en quelque sorte ramené à un préjudice pécuniaire potentiel, qui est presque toujours réparable. D'autres éléments peuvent toutefois aussi causer un préjudice grave difficilement réparable, voire irréparable.

Selon M. J. Stevens, auditeur au Conseil d'Etat, on peut se demander si une telle jurisprudence est bien en concordance avec la *ratio legis* de la loi du 18 juillet 1991 (*De doorwerking van het Europees gemeenschapsrecht in de sector van de overheidsopdrachten*). (*Overheidsopdrachten: Europese en nationale « rechtsbescherming », weinig wol? », R.W., 1995-1996, 1119*).

Il est absolument certain que cette jurisprudence est contraire à la loi, maintenant qu'il est établi que la loi belge doit être interprétée conformément à la directive: le juge national, en l'occurrence le Conseil d'Etat siégeant en référé, doit interpréter la condition du préjudice grave difficilement réparable conformément à la condition de la directive, à savoir qu'un intérêt est lésé ou risque d'être lésé, pour autant qu'il s'agisse de marchés égaux ou supérieurs aux montants de référence européens. (cf. J. Stevens, *o.c.*, 1118).

Cette situation a des conséquences aberrantes:

— La différence de jurisprudence entre les chambres de langue française et les chambres de langue néerlandaise du Conseil d'Etat entraîne l'« évincement » de certaines chambres: les entreprises francophones et étrangères tentent de saisir les chambres néerlandophones (cf. J. Stevens, *o.c.*, 1118).

— La protection juridique est loin d'être parfaite: l'exécution d'une décision d'attribution d'un marché totalement nulle n'est pas suspendue. Cette décision d'attribution n'est annulée que plusieurs années après qu'elle a été prise, soit après son exécution intégrale.

Comment parler d'ordre juridique, alors que les moyens disponibles ne sont pas activés pour empêcher immédiatement l'exécution d'une décision irrégulière d'attribution d'un marché?

— Helemaal onaanvaardbaar wordt het als men beseft dat de gemeenschap twee keren gedupeerd wordt. Een keer door de rechtsgevolgen van de onregelmatige gunning die volledig uitwerking kreeg en een keer door het betalen van schadevergoeding aan de verongelijkte inschrijver (10 % van het inschrijvingsbedrag overeenkomstig artikel 12, § 1, van de wet van 14 juli 1976). Het kan niet langer aanvaard worden dat « recht spreken » tot dergelijk onrecht leidt.

Dit euvel kan verholpen worden door de richtlijn 89/665 op adequate wijze om te zetten in ons recht. Dit is thans niet het geval (Ph. Flamme, « Les directives 'recours' et la récente évolution du contentieux des commandes publiques », *T. Aann.*, 1995, 10; J. Stevens « Rechtscontrole van de overheidsopdrachten », *T.B.P.*, 1994, 310, 2.2.3 in fine).

Het past de volgende bepalingen van de richtlijn 89/665 integraal te citeren :

Artikel 1, 3, eerste zin bepaalt :

« De Lid-Staten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de Lid-Staten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerd schending is of dreigt te worden benadeeld ».

Artikel 2, 1.a) luidt als volgt :

« De Lid-Staten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om :

a) zo snel mogelijk in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om de beweerd schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten ».

Dit wetsvoorstel wil de bewoordingen « benadeeld zijn of benadeeld dreigen te worden » omzetten in Belgisch recht, zonder deze ruimere rechtsbescherming evenwel te beperken tot overheidsopdrachten die vallen onder de toepassing van het Gemeenschapsrecht.

Hierboven is aangetoond dat er voldoende argumenten bestaan om de rechtsbescherming op een adequate manier te organiseren ongeacht of de opdracht gelijk aan, hoger of lager dan de Europese drempelbedragen is.

G. BOURGEOIS

— La situation paraît plus inacceptable encore lorsque l'on constate que la communauté est flouée à deux reprises: une première fois en raison des effets juridiques de l'attribution irrégulière de marché qui a été totalement exécutée; une seconde fois en raison du paiement de dommages-intérêts au soumissionnaire lésé (10% du montant de la soumission conformément à l'article 12, § 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1976). On ne peut admettre plus longtemps que « rendre la justice » entraîne pareille injustice.

Ce problème peut être résolu en transposant adéquatement la directive 89/665 dans notre droit. Cela n'a jamais été fait (Ph. Flamme, *Les directives 'recours' et la récente évolution du contentieux des commandes publiques*, *T. Ann.*, 1995, 10; J. Stevens, *Rechtscontrole van de overheidsopdrachten*, *T.B.P.*, 1994, 310, 2.2.3. in fine).

Il convient de citer intégralement les dispositions suivantes de la directive 89/665 :

La première phrase de l'article 1^{er}, 3, dispose que :

« Les Etats membres assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les Etats membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché public de fournitures ou de travaux déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée. »

L'article 2, 1, a, dispose que :

« Les Etats membres veillent à ce que les mesures prises aux fins des recours visés à l'article 1^{er} prévoient les pouvoirs permettant de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher d'autres dommages d'être causés aux intérêts concernés, y compris des mesures destinées à suspendre ou à faire suspendre la procédure de passation de marché public en cause ou de l'exécution de toute décision prise par les pouvoirs adjudicateurs; ».

La présente proposition de loi tend à transposer en droit belge les termes « ayant été ou risquant d'être lésée », sans limiter toutefois la protection juridique accrue qu'ils introduisent aux marchés publics tombant sous l'application du droit communautaire.

Nous avons démontré ci-dessus qu'il existe suffisamment d'arguments pour organiser la protection juridique de manière adéquate, indépendamment du fait que les marchés portent sur des montants égaux, supérieurs ou inférieurs aux montants de référence européens.

WETSVOORSTEL

Artikel 1

Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

Art. 2

In artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State wordt tussen het tweede en het derde lid een lid toegevoegd, luidend als volgt :

« De schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunning van een overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken kan worden bevolen als ernstige middelen zoals bedoeld in het eerste lid worden aangevoerd en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte de betrokken belangen benadeelt of dreigt te benadelen ».

7 mei 1996.

G. BOURGEOIS

PROPOSITION DE LOI

Article 1^{er}

La présente loi règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution.

Art. 2

Dans l'article 17, § 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'alinéa suivant est inséré entre les alinéas 2 et 3 :

« La suspension de l'exécution de la décision d'attribution d'un marché public de fournitures ou de travaux peut être ordonnée si des moyens sérieux, tels qu'ils sont prévus à l'alinéa 1er, sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte lèse ou risque de léser les intérêts concernés.

7 mai 1996.