ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS 30.965/4

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES 30.965/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre de la Défense, le 28 novembre 2000, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "réglant la désignation des avocats du Ministère de la Défense nationale", a donné le 24 janvier 2001 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 28 november 2000 door de Minister van Landsverdediging verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot regeling van de aanstelling van de advocaten van het Ministerie van Landsverdediging", heeft op 24 januari 2001 het volgende advies gegeven :

1. Le projet d'arrêté examiné a pour objet de régler la procédure de désignation des avocats du ministère de la Défense nationale. Il fait suite à un projet similaire ayant donné lieu à l'avis 24.462/9 de la section de législation du Conseil d'Etat du 17 mai 1995, et il en reprend partiellement les dispositions. La procédure d'adoption de ce projet précédent n'a pas été menée à son terme.

Lorsque la section de législation du Conseil d'Etat se prononce sur un projet ou un avant-projet, elle épuise en principe entièrement sa compétence, en manière telle qu'elle ne peut plus examiner les éventuelles versions ultérieures de ces textes avant leur adoption, sauf lorsque des modifications substantielles y sont apportées qui en renouvellent le contenu. Ou encore, lorsque, entre deux versions d'un projet ou d'un avant-projet, des évolutions importantes sont intervenues dans l'ordonnancement juridique, de nature à donner lieu à des observations qui n'auraient pas pu être faites sur le premier texte.

Cette dernière hypothèse se présente en l'espèce. Comme il sera montré ci-après, la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, entrée en vigueur le 1er mai 1997 (1), est applicable aux services juridiques, en ce compris ceux qui impliquent le ministère des avocats.

---

(1) A l'exception du livre II de cette loi relatif à la mise en concurrence de certains marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, entré en vigueur le 1er septembre 1994.

2. Sous réserve des exceptions prévues par les articles 1er, § 2, et 2 de la loi du 24 décembre 1993, non concernés par les services d'avocats visés par l'arrêté en projet, l'article 1er, § 1er, de cette loi soumet les marchés publics de services passés au nom des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 4, parmi lesquels figure l'Etat (1), aux modes de passation prévus par le titre II du livre I de cette loi. Aux termes de l'article 5, troisième tiret, de la loi, "on entend par marché public de services [au sens de ce titre II] le contrat à titre onéreux conclu entre un prestataire de services et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet des services visés dans l'annexe 2 de la loi" (2).

Cette annexe 2 vise sans restriction, sous la catégorie n° B-21, les "services juridiques", qui incluent les prestations de consultation, d'assistance et de représentation que fournissent les avocats dans un contexte contentieux ou non-contentieux. La circulaire du 2 décembre 1997 relative à la liste des services visés à l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993 (Moniteur belge du 13 décembre 1997) détaille les différents aspects des services fournis par les avocats, qui sont soumis à la loi.

---

(1) Art. 4, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993.

(2) La notion de contrat à titre onéreux est définie comme suit, de manière large, par M.-A. Flamme e.a. : il s'agit de "tout contrat dans lequel le fournisseur reçoit une rémunération pour l'exercice d'une activité donnée qu'il peut exécuter soit pour le pouvoir adjudicateur, soit pour des tiers et pour lequel les avantages de cette activité reviennent pleinement au pouvoir adjudicateur ou aux tiers concernés" (*Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, tome 1A, 6e éd., 1996-1997, n° 30, p. 125).

3. La question mérite toutefois d'être posée si la nature particulière des prestations intellectuelles des avocats et les usages de leur profession liés aux prérogatives légales qui leur sont reconnues peuvent se concilier avec les règles de passation des marchés publics et d'exécution de ceux-ci, tels qu'ils sont prévus par la loi du 24 décembre 1993.

4. Dans la plupart des cas, l'imprévisibilité des prestations de l'avocat due à la nature même de celles-ci, la difficulté d'énoncer de manière objective les critères de qualification, de spécialisation et de compétence attendus de l'avocat et le caractère *intuitu personae* de la relation entre celui-ci et son client, impliquant notamment une particulière confiance entre eux, empêcheront l'application pure et simple des règles relatives à l'adjudication et à l'appel d'offres.

Par contre, il peut être fait application, sans grande difficulté, de la procédure négociée prévue par l'article 17 de la loi, même si l'article 13 de la loi du 24 décembre 1993 n'admet le recours à ce type de procédure qu'à titre exceptionnel.

L'article 17 de la loi pourrait en effet être appliqué dans les hypothèses suivantes.

Aux termes de l'article 17, § 2, a,

> "Il peut être traité par procédure négociée sans respecter de règle de publicité lors du lancement de la procédure, mais si possible après consultation de

plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service lorsque :

1° dans le cas d'un marché public (...) de services :

a) la dépense à approuver ne dépasse pas, hors taxe sur la valeur ajoutée, les montants fixés par le Roi;" (1).

Aux termes de l'article 17, § 3, 2° et 4°,

"Il peut être traité par procédure négociée en respectant les règles de publicité déterminées par le Roi lorsque :

(...)

2° dans le cas d'un marché public (...) de services :

- il s'agit, dans des cas exceptionnels, de (...) services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix;

(...)

4° dans le cas d'un marché public de services :

- la nature des services est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre son attribution selon la procédure d'adjudication ou d'appel d'offres.".

L'hypothèse visée par cette dernière disposition (l'article 17, § 3, 4°, de la loi) figure à l'article 11,

---

(1) Ce montant, fixé par l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (article 120, alinéa 2, qui fait référence à l'article 53, § 3, alinéa 2, du même arrêté, modifié en dernier lieu par l'arrêté ministériel du 8 février 2000), s'élève à 5,6 millions de francs (voyez aussi l'article 54, alinéa 6, du même arrêté auquel l'article 120, alinéa 3, fait référence).

§ 2, *c*, de la directive 92/50/CEE du Conseil des Communautés européennes du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (1), qui autorise en ce cas le recours à la procédure négociée en précisant que cette hypothèse peut se présenter "notamment dans le domaine des prestations intellectuelles" (2).

5. Les autres dispositions de la loi du 24 décembre 1993 et de ses arrêtés d'exécution ne font pas davantage obstacle, en principe, à leur application aux contrats conclus entre l'administration et des avocats.

C'est ainsi par exemple que, pour ce qui concerne la détermination des prix, il peut être recouru, moyennant les adaptations requises par les spécificités des prestations des avocats, notamment quant à leur imprévisibilité, au marché à bordereau de prix, au marché à remboursement ou au marché mixte, tels qu'ils sont prévus par l'article 86 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (3).

---

(1) *J.O.C.E.*, 24 juillet 1992, n° L.209/3.

(2) Voyez aussi en ce sens le vingt-quatrième considérant du préambule de la directive.

(3) Si toutefois les particularités de certaines prestations des avocats, liées essentiellement à la nature intellectuelle de celles-ci, empêchent de recourir à ces procédés, il serait admissible de ne pas faire application de ces dispositions, dans la mesure strictement nécessaire à la prise en compte de ces particularités.

De même, l'article 80, §§ 2 à 4, règle les modalités selon lesquelles les candidats non retenus seront informés de la décision relative à l'attribution du marché et les exceptions à cette obligation d'information (1).

Outre la notification à l'intéressé de l'approbation de son offre, l'article 122 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 permet dans certaines hypothèses la constatation des marchés conclus par procédure négociée selon des modes adaptés dans une large mesure aux usages du barreau; il s'agit de la facture acceptée ou de la correspondance.

6. Il y a lieu d'avoir égard, dans l'application qui est faite de la loi précitée du 24 décembre 1993 et de ses arrêtés d'exécution, aux obligations légales et déontologiques propres à la profession d'avocat.

Ainsi aux termes de l'article 456, alinéa premier, du Code judiciaire, les avocats sont soumis à des obligations déontologiques visant pour l'essentiel à la sauvegarde de la dignité, de la probité et de la délicatesse qui font la base de leur profession. Ces obligations et les procédures disciplinaires prévues par les articles 456 et suivants du Code judiciaire tendent notamment à assurer l'indépendance du barreau et le respect effectif des prérogatives des avocats à l'occasion de leurs interventions, spécialement les droits de la défense.

---

(1) Ces règles doivent être complétées par celles qui résultent de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs et la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

Ainsi encore, faut-il tenir compte de l'article 458 du Code pénal consacrant la règle du secret professionnel, applicable aux avocats.

A cet égard, le Conseil d'Etat de France, a décidé ce qui suit au sujet de l'incidence des principes qui régissent la représentation en justice par les avocats, notamment le respect du secret des relations entre l'avocat et son client et l'indépendance de l'avocat :

> "si aucun de ces principes ne fait obstacle à ce que les contrats conclus entre un avocat et une collectivité publique pour la représentation en justice de celle-ci doivent être précédés d'une procédure de mise en concurrence préalable [...], en revanche, la soumission de ces contrats à l'ensemble des dispositions du code des marchés publics applicables aux marchés négociés ne serait compatible avec ces principes que moyennant des adaptations ou des dérogations à certaines de ces dispositions", en manière telle que ces contrats soient "conclus et exécutés dans des conditions assurant le respect des principes relatifs à cette représentation." (1).

7. En conclusion, la loi du 24 décembre 1993 et ses arrêtés d'exécution sont applicables aux marchés conclus entre l'administration et les avocats; il doit en être fait application et il ne paraît pas nécessaire de légiférer ou de réglementer en la matière. Le pouvoir adjudicateur devra cependant tenir compte des obligations légales et déontologiques applicables à la profession d'avocat dans la rédaction des clauses contractuelles. Il s'ensuit que le présent

---

(1) C.E. Fr., 9 avril 1999, Toubol-Fisher et Bismuth, Recueil des décisions du Conseil d'Etat, Paris, éd. Sirey, 1999, pp. 124 et 125.

projet, qui s'écarte fondamentalement de la législation en vigueur en matière de marchés publics, ne peut être pris.

_ _ _ _ _

1. Het voorliggende ontwerp heeft tot doel de procedure te regelen voor de aanstelling van de advocaten van het Ministerie van Landsverdediging. Het haakt in op een soortgelijk ontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot advies 24.462/9 van de afdeling wetgeving van de Raad van State van 17 mei 1995 en het neemt er gedeeltelijk de bepalingen van over. De procedure tot goedkeuring van dit vorige ontwerp is niet afgehandeld.

Wanneer de afdeling wetgeving van de Raad van State zich uitspreekt over een ontwerp of een voorontwerp, is de mogelijkheid om de Raad van State te adiëren in beginsel uitgeput, zodat de afdeling eventuele latere versies van die teksten vóór de goedkeuring ervan, niet meer kan onderzoeken, behalve wanneer er substantiële wijzigingen in worden aangebracht waardoor ze een volledig nieuwe inhoud krijgen. Of nog wanneer zich tussen twee versies van een ontwerp of van een voorontwerp, belangrijke ontwikkelingen in de rechtsordening hebben voorgedaan, die aanleiding kunnen geven tot opmerkingen die men omtrent de eerste tekst niet zou hebben kunnen maken.

Het laatste geval doet zich hier voor. Zoals hierna zal worden aangetoond, is de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, die in werking is getreden op 1 mei 1997(1), van toepassing op de

---

(1) Met uitzondering van boek II van deze wet betreffende de mededinging van bepaalde opdrachten voor aanneming van erken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, dat in werking is getreden op 1 september 1994.

juridische diensten met inbegrip van die welke het ambt van de advocaten impliceren.

2. Onder voorbehoud van de uitzonderingen waarin de artikelen 1, § 2, en 2 van de wet van 24 december 1993 voorzien, en waarop de in het ontworpen besluit bedoelde advocatendiensten geen betrekking hebben, vallen de overheidsopdrachten voor diensten die worden gegund in naam van de in artikel 4 vermelde aanbestedende overheden, waaronder de Staat (1), krachtens artikel 1, § 1, van die wet onder de procedures voor het gunnen van opdrachten waarin titel II van boek I van die wet voorziet. Artikel 5, derde streepje, van de wet, luidt : "In de zin van ¨[titel II] verstaat men onder overheidsopdracht voor aanneming van diensten de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij deze wet vermelde diensten" (2).

In die bijlage 2 wordt onder categorie nr. B-21, onverkort verwezen naar de "diensten van juridische aard"

---

(1) Art. 4, § 1, van de wet van 24 december 1993.

(2) Van het begrip overeenkomst onder bezwarende titel wordt door M.-A. Flamme e.a, de volgende ruime definitie gegeven : "tout contrat dans lequel le fournisseur reçoit une rémunération pour l'exercice d'une activité donnée qu'il peut exécuter soit pour le pouvoir adjudicateur, soit pour des tiers et pour lequel les avantages de cette activité reviennent pleinement au pouvoir adjudicateur ou aux tiers concernés" (Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, deel 1A, 6e uitg., 1996-1997, nr. 30, blz. 125).

waartoe de prestaties inzake advies, bijstand en vertegenwoordiging worden gerekend die de advocaten leveren, al dan niet in een context van geschillenberechting. De omzendbrief van 2 december 1997 betreffende de Lijst van de diensten bedoeld in bijlage 2 van de wet van 24 december 1993 (Belgisch Staatsblad van 13 december 1997), zet de verschillende aspecten van de door de advocaten verstrekte diensten waarop de wet van toepassing is, stuk voor stuk uiteen.

3. De vraag rijst evenwel of de bijzondere aard van de intellectuele prestaties van de advocaten en de gebruiken in hun beroep, die nauw samenhangen met de wettelijke prerogatieven die hun worden toegekend, bestaanbaar zijn met de regels inzake het gunnen van overheidsopdrachten en de uitvoering ervan, vastgesteld in de wet van 24 december 1993.

4. In de meeste gevallen zullen de onvoorspelbaarheid van de prestaties van de advocaat, te wijten aan de aard zelf ervan, de moeilijkheid om op objectieve wijze de criteria vast te stellen inzake bekwaamheid, specialisatie en competentie waarvan verwacht wordt dat de advocaat eraan voldoet, en de intuitu personae-relatie tussen de advocaat en zijn cliënt, die onder meer een bijzonder onderling vertrouwen impliceert, er aan in de weg staan dat de regels betreffende de aanbesteding en de offerteaanvragen zonder meer worden toegepast.

Daarentegen kan de onderhandelingsprocedure, waarin artikel 17 van de wet voorziet, zonder veel moeilijkheden worden toegepast, zelfs indien artikel 13 van de wet van 24 december 1993 het werken met dat type van procedure slechts bij uitzondering toestaat.

Artikel 17 van de wet zou immers kunnen worden toegepast in de volgende gevallen.

Artikel 17, § 2, a, luidt

> "Er kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners wanneer :
>
> 1° in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van [...] diensten :
>
> a) de goed te keuren uitgave de bedragen, zonder belasting op de toegevoegde waarde, vastgelegd door de Koning niet overschrijdt;" (1).

Artikel 17, § 3, 2° en 4° luidt :

> "§ 3 De overheidsopdracht mag volgens de onderhandelingsprocedure gegund worden met naleving van de bekendmakingsregels bepaald door de Koning wanneer :

---

(1) Dat bedrag, vastgesteld bij koninklijk besluit van 8 januari 1996 (artikel 120, tweede lid, dat verwijst naar artikel 53, § 3, tweede lid, van hetzelfde besluit, gewijzigd bij het ministerieel besluit van 8 februari 2000), beloopt 5,6 miljoen frank (zie ook artikel 54, zesde lid, van hetzelfde besluit waarnaar artikel 120, derde lid, verwijst).

2° in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van [...] diensten :

- in uitzonderlijke gevallen, het gaat om [...] diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen; [...]

4° in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten :

- de aard van de dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag.".

Het geval dat in de laatstgenoemde bepaling wordt vermeld (artikel 17, § 3, 4°, van de wet) komt voor in artikel 11, § 2, c, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (1) die het in dat geval mogelijk maakt een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure, waarbij wordt gepreciseerd dat dit geval zich kan voordoen "met name in het geval van intellectuele diensten" (2).

5. De overige bepalingen van de wet van 24 december 1993 en van de uitvoeringsbesluiten ervan staan er, in beginsel, evenmin aan in de weg dat ze worden toegepast op

---

(1) PBEG, 24 juli 1992, nr. L. 209/3.

(2) Zie ook in die zin de vierentwintigste overweging van de aanhef van de richtlijn.

de overeenkomsten die worden gesloten tussen het bestuur en advocaten.

Zo kan bij voorbeeld voor het bepalen van de prijzen gewerkt worden met de opdracht volgens prijslijst, de opdracht op grond van werkelijke uitgaven of de gemengde opdracht, zoals bepaald in artikel 86 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, met inachtneming van de aanpassingen die vereist zijn, wegens de specifieke aard van de prestaties van de advocaten, inzonderheid de niet-voorspelbaarheid ervan (1).

Evenzo regelt artikel 80, §§ 2 tot 4, de wijze waarop de kandidaten die niet in aanmerking worden genomen, zullen worden op de hoogte gebracht van de beslissing omtrent de toewijzing van de opdracht, alsook de uitzonderingen op deze informatieplicht (2).

Artikel 122 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 voorziet niet alleen in de kennisgeving aan de betrokkene van de goedkeuring van zijn offerte, maar

---

(1) Staat de bijzondere aard van sommige prestaties van de advocaten, die hoofdzakelijk te maken heeft met de intellectuele aard ervan, er evenwel aan in de weg dat aldus wordt te werk gegaan, toch zou het aanvaardbaar zijn die bepalingen niet toe te passen voor zover dit strikt noodzakelijk is om met die specificiteit rekening te houden.

(2) Deze regels moeten worden aangevuld met de regels die volgen uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en uit de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

maakt ook in bepaalde gevallen de vaststelling mogelijk van via onderhandelingsprocedure geplaatste opdrachten volgens procedures die in ruime mate afgestemd zijn op de gebruiken bij de balie; het betreft de aangenomen factuur of de briefwisseling.

6. Er dient bij de toepassing van de voormelde wet van 24 december 1993 en de uitvoeringsbesluiten ervan, rekening te worden gehouden met de wettelijke en beroepsethische verplichtingen die eigen zijn aan het beroep van advocaat.

Luidens artikel 456, eerste lid, van het Gerechtelijk Wetboek hebben de advocaten aldus beroepsethische verplichtingen die hoofdzakelijk betrekking hebben op het handhaven van de waardigheid, de rechtschapenheid en de kiesheid die aan hun beroep ten grondslag liggen. Deze verplichtingen en de tuchtprocedures waarin de artikelen 456 en volgende van het Gerechtelijk Wetboek voorzien, strekken er onder meer toe de onafhankelijkheid van de balie veilig te stellen alsmede de effectieve inachtneming van de prerogatieven van de advocaten naar aanleiding van hun optreden, inzonderheid de rechten van verdediging.

Zo ook moet rekening worden gehouden met artikel 458 van het Strafwetboek waarin de regel van het beroepsgeheim wordt vastgelegd, die van toepassing is op de advocaten.

In dat opzicht is de Raad van State van Frankrijk, in verband met de weerslag van de beginselen die gelden voor de vertegenwoordiging in rechte door de advocaten, inzonderheid de inachtneming van de geheimhoudingsplicht in de betrekkingen tussen de advocaat en zijn cliënt en de onafhankelijkheid van de advocaat, tot het volgende besluit gekomen :

> "si aucun de ces principes ne fait obstacle à ce que les contrats conclus entre un avocat et une collectivité publique pour la représentation en justice de celle-ci doivent être précédés d'une procédure de mise en concurrence préalable [...], en revanche, la soumission de ces contrats à l'ensemble des dispositions du code des marchés publics applicables aux marchés négociés ne serait compatible avec ces principes que moyennant des adaptations ou des dérogations à certaines de ces dispositions", en manière telle que ces contrats soient "conclus et exécutés dans des conditions assurant le respect des principes relatifs à cette représentation." (1).

7. Het besluit is dan ook dat de wet van 24 december 1993 en de uitvoeringsbesluiten ervan van toepassing zijn op de overeenkomsten die tot stand komen tussen het bestuur en de advocaten; die wet en die besluiten moeten worden toegepast en het lijkt niet nodig in dezen wetten of verordeningen uit te vaardigen. De aanbestedende overheid zal evenwel rekening moeten houden met de wettelijke en beroepsethische verplichtingen die gelden voor het beroep van advocaat bij de redactie van de bedingen in de

---

(1) C.E. Fr., 9 april 1999, Toubol-Fisher et Bismuth, Recueil des décisions du Conseil d'Etat, Parijs, uitg. Sirey, blz. 124 en 125.

overeenkomst. Daaruit volgt dat van het onderhavige ontwerp, dat fundamenteel afwijkt van de geldende wetgeving inzake overheidsopdrachten, behoort te worden afgezien.

La chambre était composée de

Messieurs R. ANDERSEN, président de chambre,
de Heren kamervoorzitter,

P. LIENARDY, conseillers d'Etat,
P. VANDERNOOT, staatsraden,

F. DELPEREE, assesseurs de la section de législation,
J.-M. FAVRESSE, assessoren van de afdeling wetgeving,

Madame C. GIGOT, greffier,
Mevrouw griffier.

Le rapport a été présenté par Mme P. VANDERNACHT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. L. JANS, référendaire adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. R. ANDERSEN.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

C. GIGOT

De kamer was samengesteld uit

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. P. VANDERNACHT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. L. JANS, adjunct-referendaris.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN.

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

R. ANDERSEN