30 OCT 1958

Coordinatie (2)

KONINKRIJK BELGIE. ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE. AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 21e oktober 1958 door de Minister van Openbare Werken en van Wederopbouw verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van wet "tot wijziging van het koninklijk besluit nr 204 van 1 oktober 1935 houdende inrichting van de bestendige commissie van advies inzake contracten of aanbestedingen en waarbij aan de openbare besturen en aan de hun ondergeschikte of door de openbare machten geldelijk gesteunde instellingen of organismen bepaalde verplichtingen worden opgelegd inzake contracten, alsmede van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers", heeft de 24e oktober 1958 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Ministre des Travaux publics et de la Reconstruction, le 21 octobre 1958, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet de loi "modifiant l'arrêté royal n° 204 du 1er octobre 1935 organisant la Commission permanente consultative en matière de contrats ou adjudications et établissant, dans le chef des administrations publiques et des institutions ou organismes qui leur sont subordonnés ou en faveur desquels les pouvoirs publics interviennent pécuniairement, certaines obligations en matière de contrats, ainsi que l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs", a donné le 24 octobre 1958 l'avis suivant :

Het ontwerp van wet strekt in hoofdzaak tot wijziging van de Belgische interne wetgeving met het oog op het verwezenlijken van de non-discriminatie inzake aanbestedingen, tussen Nederlandse ondernemingen en produkten enerzijds, en Belgische ondernemingen en produkten anderzijds.

Artikel 2 van het op 6 juli 1956 te Brussel ondertekende en bij de wet van 18 april 1958 goedgekeurde protocol betreffende de nationale behandeling bij de aanbesteding van werken en de aankoop van goederen (Staatsblad van 4 september 1958; bekrachtigingsoorkonden neergelegd voor België op 18 april 1958 - voor Luxemburg op 18 augustus 1958 en voor Nederland op 11 december 1957) luidt als volgt :

"Op het gebied van de aanbestedingen mag door de overheidsinstellingen geen enkele discriminatie, in welke vorm ook, worden toegepast ten gunste van de onderdanen of produkten van hun eigen land en ten nadele van de onderdanen of produkten van de beide andere landen".

Uit de memorie van toelichting bij het ontwerp anderzijds blijkt dat de Belgische Regering op 6 juli 1956 de volgende verbintenis heeft aangegaan :

"Ter verwezenlijking van het beginsel der non-discriminatie, zoals voorzien in artikel 2, en dat bedoelt Nederlandse ondernemers en produkten een zelfde behandeling te verzekeren als Belgische ondernemers en produkten, verbindt de Belgische Regering zich zo spoedig mogelijk en uiterlijk tegelijk met het ontwerp van het

.../...

verdrag ener Economische Unie, aan de volksvertegenwoordiging de wetsontwerpen voor te leggen strekkende tot wijziging van de in België bestaande wettelijke bepalingen ten doel hebbend de nationale ondernemingen en producten te beschermen".

De vraag is of de interne wetgeving gewijzigd moet worden om de in de Economische Unieverdragen neergelegde regel der non-discriminatie toepassing te doen vinden in het Belgisch recht. Ter bestudering van het vraagstuk moet hoofdzakelijk van het op 3 februari 1958 te 's-Gravenhage ondertekende verdrag tot instelling van de Economische Unie Benelux worden uitgegaan.

In dit verdrag is de bepaling van artikel 2 van het protocol van 6 juli 1956 immers opgenomen : enerzijds is deze bepaling bij artikel 12, 26, van het protocol tot uitvoering van het verdrag uitdrukkelijk opgeheven en anderzijds, neemt artikel 62 van het verdrag ze in nagenoeg dezelfde bewoordingen over.

Het ontwerp van wet houdende goedkeuring van het verdrag tot instelling van de Economische Unie Benelux werd in de Senaat ter tafel neergelegd de 23e april 1958 (Doc.Senaat, zitting 1957-1958, nr 369).

Het ware dan ook overbodig een nieuw ontwerp van wet tot wijziging van de desbetreffende interne wetgeving in te dienen, terwijl die wijziging toch uit de goedkeuring van het verdrag zou volgen.

.../...

Artikel 97 van het verdrag tot instelling van de Economische Unie Benelux luidt als volgt :

"De volledige toepassing der bepalingen van dit verdrag vangt aan bij de inwerkingtreding van het verdrag voor zover de overgangsovereenkomst geen afwijkende bepalingen bevat".

Artikel 98 bepaalt voorts dat de overgangsovereenkomst en het uitvoeringsprotocol een integrerend bestanddeel van het verdrag vormen, terwijl artikel 100 zegt dat het verdrag in werking zal treden op de eerste dag van de derde maand na de nederlegging van de derde akte van bekrachtiging.

Er moet dus worden onderzocht of de bepalingen van het verdrag met betrekking tot de non-discriminatie in zake aanbestedingen onmiddellijk uitwerking kunnen hebben in het Belgisch recht en of de inwerkingtreding ervan niet door een afwijkend voorschrift wordt geschorst.

Het beginsel der non-discriminatie tussen onderdanen van elk der verdragsluitende partijen is vastgelegd in artikel 2 van het verdrag, dat namelijk bepaalt :

"1. De onderdanen van elk der hoge verdragsluitende partijen zijn bevoegd het grondgebied van de andere verdragsluitende partijen binnen te komen en te verlaten.

2. Zij genieten er de behandeling welke voor de eigen onderdanen geldt voor wat betreft :

.../...

a) ...

b) uitoefening van economische en beroepswerkzaamheden, met inbegrip van de verlening van diensten ;

...".

In zijn advies over het ontwerp van wet houdende goedkeuring van dat verdrag, heeft de Raad van State onderzocht of de bepalingen van artikel 2 "beginselen stellen, welke de ondertekenende Staten zich verbinden onder aanpassing van hun eigen wetgeving uit te voeren, dan wel of zij regelen stellen die, door de goedkeuring en de bekenmaking van het verdrag, zonder meer in het nationale recht worden opgenomen".

Uit dit onderzoek volgt dat de bepaling van artikel 2, 2, b, onmiddellijk kan worden toegepast, onder enig voorbehoud dat echter niet op de aanbestedingen slaat.

In het derde deel van het verdrag, dat ten doel heeft, in verband met sommige aspecten van de Economische Unie, de in het eerste deel en meer bepaald in artikel 2 neergelegde beginselen te verduidelijken, komen bijzondere bepalingen voor met betrekking tot de aanbestedingen, en wel in de artikelen 62 en 63 die als volgt luiden :

"<u>Artikel 62.-</u>

Op het gebied van de aanbestedingen mag door overheidsinstellingen van een hoge verdragsluitende partij

.../...

geen enkele discriminatie, in welke vorm ook, worden toegepast ten gunste van haar nationale produkten of van haar eigen onderdanen en ten nadele van produkten of onderdanen van de andere verdragsluitende partijen.

Artikel 63.-

Bij de toepassing van artikel 62 van dit verdrag wordt verstaan onder :

A. Aanbestedingen :

alle aanbestedingen van werken en alle aankopen van goederen door overheidsinstellingen voor hun eigen behoeften, ongeacht de wijze waarop de opdracht tot stand komt ;

B. Overheidsinstellingen :

a) de Staatsorganen ;

b) de gewestelijke en plaatselijke lichamen in België en in het Groothertogdom Luxemburg alsmede de lagere publiekrechtelijke lichamen in Nederland ;

c) voor zover de Staat op hun aanbestedingen daadwerkelijke invloed uitoefent : de parastatale instellingen in België en het Groothertogdom Luxemburg alsmede de semi-overheidsinstellingen in Nederland".

De overgangsovereenkomst harerzijds bevat in de artikelen 4 en 5 bepalingen betreffende de aanbestedingen. Deze artikelen zeggen :

.../...

"Artikel 4.-

1. Gedurende een tijdvak van ten hoogste drie jaar kunnen, overeenkomstig regelingen welke voortvloeien uit overeenkomsten tussen de hoge verdragsluitende partijen, maatregelen worden genomen, ingeval een belangrijke ongelijkheid mocht bestaan tussen de aanbestedingen gegund door de overheidsinstellingen van een hoge verdragsluitende partij aan de onderdanen van een andere verdragsluitende partij en aanbestedingen gegund door de overheidsinstellingen van die verdragsluitende partij aan de onderdanen van de eerstgenoemde verdragsluitende partij ; deze maatregelen kunnen eventueel afwijken van de bepalingen van artikel 62 van het Unieverdrag.

2. In het in lid 1 van dit artikel bedoelde geval doet het College van scheidsrechters bedoeld in artikel 15 van het Unieverdrag uitsluitend ex aequo et bono uitspraak.

Artikel 5.-

Gedurende een tijdvak van ten hoogste drie jaar zal artikel 62 van het Unieverdrag op de aanbestedingen van de overheidsinstellingen bedoeld in artikel 63, onder B, b, van dat verdrag alleen van toepassing zijn voor zover de Staat hierop daadwerkelijk invloed uitoefent".

.../...

In plaats van de toepassing van het beginsel der non-discriminatie inzake aanbestedingen vanaf de inwerkingtreding van het verdrag aan beperkingen te onderwerpen, brengen deze teksten integendeel tot uiting de wil der verdragsluitende partijen om aan de desbetreffende bepalingen onmiddellijk, uit de inwerkingstelling van de overeenkomst ipso facto voortvloeiende uitvoering te geven.

Deze bedoeling blijkt voornamelijk uit artikel 4, dat de mogelijkheid openlaat om gedurende drie jaar in onderlinge overeenstemming correctieve maatregelen te nemen ingeval de non-discriminatie een belangrijke ongelijkheid mocht teweegbrengen; men zou immers de mogelijkheid om gedurende een bepaald tijdvak correctief op te treden ten aanzien van de eventuele nadelige gevolgen van een niet discriminatoire regeling niet onder ogen kunnen nemen, indien niet vooraf vaststond dat die regeling door het inwerkingtreden zelf van het verdrag gevolgen zal hebben.

Uit bovenstaande overwegingen blijkt dat de goedkeuring door de Kamers en de bekrachtiging van het verdrag tot instelling van de Economische Unie Benelux tot gevolg zullen hebben, in het Belgische interne recht, elke discriminatie inzake aanbestedingen tussen de betrokken landen uit te sluiten.

De wijzigingen die het ontwerp wil aanbrengen in het koninklijk besluit nr 204 van 1 oktober 1935 en in de besluitwet van 3 februari 1947 lijken dan ook overbodig, voor zover zij ertoe strekken de non-discriminatie inzake aanbestedingen tussen Nederlandse ondernemingen en produkten enerzijds, en Belgische ondernemingen en produkten anderzijds, te bevestigen.

Le projet de loi a pour objet essentiel de modifier la législation interne belge en vue de réaliser la non-discrimination entre les entreprises et produits néerlandais, d'une part, et les entreprises et produits belges, d'autre part, en matière d'adjudications.

L'article 2 du protocole concernant le traitement national en matière d'adjudications de travaux et d'achats de marchandises, signé à Bruxelles le 6 juillet 1956 et approuvé par la loi du 18 avril 1958 (Moniteur belge du 4 septembre 1958; dépôt des instruments de ratification : Belgique, 18 avril 1958 - Luxembourg, 28 août 1958 - Pays-Bas, 11 décembre 1957), est libellé comme suit :

"Dans le domaine des adjudications, aucune discrimination, sous quelque forme que ce soit, ne peut être appliquée par les pouvoirs publics en faveur des ressortissants ou produits nationaux et au détriment des ressortissants ou produits des deux autres pays".

Il ressort, d'autre part, de l'exposé des motifs du projet, que le Gouvernement belge a pris, le 6 juillet 1956, l'engagement suivant :

"En vue de la réalisation du principe de non-discrimination, prévu à l'article 2 et qui vise à faire bénéficier les entreprises et les produits néerlandais du même traitement que les entreprises et les produits belges, le Gouvernement de la Belgique s'engage à soumettre au Parlement le plus rapidement possible et au plus tard en même temps que le projet de Traité d'union économique, les projets de loi portant modification des dispositions légales existant en Belgique et tendant à protéger les entreprises et les produits nationaux".

La question se pose de savoir s'il est nécessaire de modifier la législation interne pour rendre applicable en droit belge la règle de non-discrimination inscrite dans les accords d'Union économique. C'est essentiellement à la lumière du traité instituant l'Union économique Benelux, signé à La Haye le 3 février 1958, qu'il convient d'étudier le problème.

Ce traité absorbe, en effet, la disposition de l'article 2 du protocole du 6 juillet 1956 : d'une part, cette disposition est expressément abrogée par l'article 12, 26, du protocole d'exécution du traité et, d'autre part, l'article 62 du traité la reproduit en termes presque identiques.

Or, le projet de loi portant approbation du traité instituant l'Union économique Benelux a été déposé sur le bureau du Sénat le 23 avril 1958 (Doc. Sénat, session 1957-1958, n° 369).

Il serait, dès lors, inutile que soit déposé un autre projet de loi tendant à modifier la législation interne en la matière envisagée, alors que l'adoption du traité entraînerait d'elle-même cette modification.

L'article 97 du traité instituant l'Union économique Benelux est rédigé comme suit :

"La pleine application des dispositions du présent traité prend cours dès l'entrée en vigueur du traité pour autant que la convention transitoire n'y déroge pas".

.../...

L'article 98 dispose, d'autre part, que la convention transitoire et le protocole d'exécution font partie intégrante du traité, tandis que l'article 100 prévoit que le traité entrera en vigueur le premier jour du troisième mois qui suivra le dépôt du troisième instrument de ratification.

Il convient donc d'examiner si les dispositions du traité relatives à la non-discrimination en matière d'adjudications sont susceptibles d'application immédiate en droit belge et ne voient pas leur mise en vigueur suspendue par une prescription dérogatoire.

Le principe de la non-discrimination entre les ressortissants de chacune des parties contractantes est formulé par l'article 2 du traité. Celui-ci comporte notamment les dispositions suivantes :

"1. Les ressortissants de chacune des hautes parties contractantes ont la faculté d'entrer sur le territoire des autres parties contractantes et d'en sortir.

2. Ils y jouissent du traitement accordé aux nationaux en ce qui concerne :

a) ...

b) l'exercice d'activités économiques et professionnelles, y compris la prestation de services;

...".

.../...

Dans l'avis que le Conseil d'Etat a donné au sujet du projet de loi portant approbation de ce traité, il a étudié le point de savoir si les dispositions de l'article 2 "formulent des principes que les Etats signataires s'engagent à mettre en oeuvre en y adaptant leur législation ou si, au contraire, ces dispositions énoncent des règles qui, par l'approbation et la publication du traité, s'intègrent d'emblée dans le droit interne".

Il ressort de cette étude que la clause de l'article 2, 2, b, est susceptible d'application immédiate, sous certaines réserves qui ne concernent pas la matière des adjudications.

Dans la partie 3 du traité, dont l'objet est de préciser, à propos de certains aspects de l'Union économique, les principes énoncés dans la première partie et notamment à l'article 2, figurent des dispositions spéciales relatives aux adjudications qui font l'objet des articles 62 et 63, ainsi libellés:

"Article 62.-

Dans le domaine des adjudications, aucune discrimination, sous quelque forme que ce soit, ne peut être appliquée par les pouvoirs publics d'une haute partie contractante, en faveur de ses produits nationaux ou de ses ressortissants et au détriment des produits ou des ressortissants des autres parties contractantes.

.../...

Article 63.-

Pour l'application de l'article 62 du présent traité, il faut entendre par :

A. Adjudications :
toutes adjudications de travaux et tous achats de marchandises par les pouvoirs publics pour leurs propres besoins, quel que soit le mode de passation de la commande;

B. Pouvoirs publics :
a) les services de l'Etat;
b) les pouvoirs régionaux et locaux en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg ainsi que les pouvoirs subordonnés aux Pays-Bas;
c) dans la mesure où l'Etat exerce sur leurs adjudications une action réelle : les organismes paraétatiques en Belgique et au Grand-Duché de Luxembourg ainsi que les organismes semi-officiels aux Pays-Bas".

La convention transitoire comporte, de son côté, en ses articles 4 et 5, des dispositions relatives aux adjudications. Ces articles sont rédigés comme suit :

"Article 4.-

1. Pendant une période ne pouvant dépasser trois ans au cas où il existerait un déséquilibre important entre les adjuciations attribuées par les pouvoirs publics d'une haute partie contractante aux ressortissants d'une autre partie contractante et celles attribuées par les pouvoirs publics de cette autre

.../...

partie contractante aux ressortissants de la première partie contractante, des mesures dérogeant éventuellement aux dispositions de l'article 62 du Traité d'Union peuvent être prises conformément aux modalités résultant de conventions entre les hautes parties contractantes.

2. Dans le cas visé par l'alinéa 1er du présent article, le Collège arbitral prévu à l'article 15 du Traité d'Union statue exclusivement ex aequo et bono.

Article 5.-

Pendant une période ne pouvant dépasser trois ans, l'article 62 du Traité d'Union ne sera appliqué aux adjudications de pouvoirs visés à l'article 63, sous B, b, dudit traité, que dans la mesure où l'Etat exerce sur ces opérations une action réelle".

Loin de comporter des restrictions à l'application du principe de non-discrimination en matière d'adjudications dès l'entrée en vigueur du traité, ces textes traduisent, au contraire, la volonté des parties contractantes de donner aux dispositions y relatives une exécution immédiate, découlant ipso facto de la mise en vigueur de la convention.

Cette intention ressort tout particulièrement de l'article 4, lequel réserve la possibilité de prendre d'un commun accord pendant trois ans des mesures

.../...

correctives, au cas où la non-discrimination entraînerait un déséquilibre important; on ne saurait, en effet, envisager la nécessité de corriger, pendant une période déterminée, les effets préjudiciables éventuels d'un régime non discriminatoire, s'il n'était préalablement acquis que ce régime sera mis en oeuvre par l'entrée en vigueur même du traité.

Il ressort des considérations ci-dessus que l'approbation par les Chambres et la ratification du traité instituant l'Union économique Benelux auront pour effet d'exclure, en droit interne belge, toute discrimination en matière d'adjudications, entre les pays intéressés.

Les modifications que le projet a pour objet d'apporter à l'arrêté royal n° 204 du 1er octobre 1935 et à l'arrêté-loi du 3 février 1947 paraissent donc inutiles, dans la mesure où elles tendent à consacrer la non-discrimination en matière d'adjudications entre les entreprises et les produits néerlandais, d'une part, et les entreprises et produits belges, d'autre part.

De kamer was samengesteld uit

de Heren : J. SUETENS, eerste-voorzitter,
Messieurs : premier président,

G. VAN BUNNEN, raadsheren van State,
K. MEES, conseillers d'Etat,

Mevrouw : J. DE KOSTER, adjunct-griffier, griffier.
Madame : greffier adjoint, greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. K. MEES.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. HOEFFLER, substituut.

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par M. J. HOEFFLER, substitut.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

(get.) J. DE KOSTER.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

(get.) J. SUETENS.