SCHADELOOSSTELLING TEN LASTE VAN DE BESTUURSOVERHEID NAAR AANLEIDING VAN VOOR REKENING VAN DE STAAT GESLOTEN OVEREENKOMSTEN

door

Henri BUCH
Staatsraad
Hoogleraar aan de Vrije Universiteit te Brussel

Inleiding

1. Het probleem van de schadeloosstelling ten laste van de bestuursoverheid naar aanleiding van de voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten doet zich voor in het raam van een complex van economische, politieke, sociale en administratieve vraagstukken waarvan de betekenis wel niet beklemtoond hoeft te worden.

„De overheidssector, die naast het Rijk de lokale besturen en de overheidsbedrijven omvat, plaatst jaarlijks een zeer aanzienlijk volume aan bestellingen voor werken en leveringen welke voor een belangrijk aandeel tot de nationale productie bijdragen. Tijdens de jongste jaren benaderde het volume een totaal van ongeveer 30 miljard F." Zo luiden de eerste woorden van de memorie van toelichting van het ontwerp van wet betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat, dat de wet van 4 maart 1963 is geworden (1).

Buiten dit onmiddellijk economisch belang staan de voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten in nauw verband met een basisvraagstuk van het Staatsbeleid met name de ontwikkeling van de economie en de daarmee samengaande programmatie. „Waar de regering in het kader van het algemene programma voor economische expansie besloten heeft om in de eerstvolgende jaren haar inspanningen op het stuk van investeringen vooral in de sector van de infrastructuurwerken gevoelig te verhogen, zal dit volume (van 30 miljard F.) nog toenemen...

De overeenkomsten voor rekening van de openbare sector kunnen niet alleen van grote betekenis zijn voor het voeren van een gepaste conjuctuurpolitiek — een aspect waarop men in het

(1) *Parlem. Besch.*, Senaat, Zitt. 1961-62, nr. 364, blz. 1.

verleden misschien enigszins eenzijdig de nadruk heeft gelegd — maar zij kunnen evenzeer dienstbaar gemaakt worden aan de structuurpolitiek die erop gericht is de ontwikkeling van de volkshuishouding langs de voor verhoging en spreiding van de volkswelvaart meest geëigende lijnen te bewerken. Vooreerst zijn de door de overheid te plaatsen bestellingen voor een ruim deel afgestemd op de verbetering en de uitbreiding van de infrastructuur, maar bovendien kunnen zij een doeltreffend werktuig vormen bij het streven naar diversifiëring van de industriële activiteit, voor het bevorderen van de technische vooruitgang en met het oog op het drukken van de kostprijzen" (1). M.a.w. het sociaal belang is ook aanwezig.

Het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat heeft daarbij zijn terugslag op het bestuursbeleid, meer bepaald op de verdeling van de economische werkzaamheid over het eigenlijk Staatsapparaat en de openbare instellingen. „Volgens de gegevens van de laatste jaren nam de Staat 40 tot 45 t.h. van de openbare investeringen voor zijn rekening; het Departement van Openbare Werken deelde daarin voor ongeveer de helft... Het respectievelijk aandeel van de ondergeschikte besturen en van de overheidsbedrijven, waaronder de N.M.B.S. en de R.T.T. met hun ruime behoeften aan outillage sterk overwegend zijn, benaderde 30 t.h. van het totaal" (2).

Ook wordt ons de gelegenheid geboden buiten de structuur van het bestuursapparaat zijn werking van dichterbij te bekijken en zijn aanpassing aan de moderne noden te overwegen. „Men moet evenwel vaststellen dat in België de Staat en, hoewel in mindere mate, ook de andere organen van de openbare sector, op het juridische vlak niet behoorlijk zijn toegerust voor het voeren van een politiek van overeenkomsten die op harmonische wijze in het algemeen beleid van economische expansie zou ingeschakeld zijn. Het doel van onderhavig wetsontwerp bestaat erin deze onvolmaaktheid weg te werken" (3).

De openbare werken vormen de hoeksteen van de decentralisatie en de deconcentratie. Dit blijkt overduidelijk uit de *Besluiten over de werkzaamheden van de commissie voor de hervorming van de instellingen* (4), die als de leidraad van de hervorming van de Grondwet waren bedoeld. Met andere woorden, het gaat om de toekomst van het land.

Dat het vraagstuk van het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat nooit abstract kan worden bekeken, dat de harde werkelijkheid maar al te dikwijls oplossingen opdringt, blijkt duidelijk uit de overweging dat „de wetten van 21 april 1848 en

(1) *Ibid.*, blz. 1 en 2
(2) *Ibid.*, blz. 1.
(3) *Ibid.*, blz. 2.
(4) Hoofdstuk II : Decentralisatie en deconcentratie.

16 juli 1849, om reden van de economische crisis, tijdelijke afwijkingen op de principes van mededinging en openbaarmaking invoerden" (1). Dat die grondbeginselen, al was het dan ook maar tijdelijk, ter zijde werden gesteld stemt tot nadenken. Maar dit is toch geen reden om de rol van het recht te negeren of ook maar te kortwieken. Pragmatische oplossingen, technocratische hulpmiddelen kunnen wel tijdelijk dienstig zijn. Maar uiteindelijk kunnen grondige vraagstukken enkel door de wetgever worden geregeld. Daarvan was de Regering zich wel bewust toen zij uiteindelijk, na min of meer geslaagde pogingen, in 1962 besloot : „Het vraagstuk van het sluiten der overeenkomsten voor rekening van de Staat behoort door het Parlement te worden opgelost" (2).

2. Misschien komt het de lezer voor, dat het vraagstuk van de schadeloosstelling ten laste van de bestuursoverheid toch maar een zeer ondergeschikte aangelegenheid is, die niet opweegt tegen de hoofdvragen gesteld met betrekking tot de regelmatigheid van de overeenkomst of de uitvoering van het contract.

Doch het is nu eenmaal zo dat, waar het administratief recht als het ware de anatomie en de fysiologie van het bestuur vertegenwoordigt, de berechting van de geschillen van bestuur als de pathologie van de administratie optreedt dank zij welke wij het lichaam van de Staat beter leren kennen en in voorkomend geval kunnen genezen. Daarbij komt nog dat wie van schadeloosstelling spreekt het vraagstuk van de aansprakelijkheid stelt. En wie zou durven loochenen dat de uitbreiding en de diversifiëring van de opdrachten van onze moderne Staat, gepaard met de daaruit ontstane politiek en wijsgerig geëvolueerde opvattingen over de maatschappij en haar organisatie, het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de openbare macht op de voorgrond brengt ?

Tot de opheldering van dit geducht vraagstuk moeten zowel het publiek recht als het privaatrecht bijdragen. Trouwens, zoals verder zal blijken, staan hier eens te meer die twee takken van het recht zowel wat hun gerichtheid als wat hun toepassing betreft in dialektisch verband.

Zo opgevat dient ons onderwerp een dubbele beperking te ondergaan. De schadeloosstelling kan als een zeer ruim begrip worden opgevat. Zo heeft bv. het hof van beroep te Brussel, bij arrest d.d. 31 januari 1958 een eis tot *schadeloosstelling* voor het uitvoeren van werken die niet in de vaste prijs waren begrepen, gegrond verklaard, om de eenvoudige reden dat hun uitvoering niet eens kon worden voorzien (3).

(1) *Parlem. Besch.*, Senaat, Zitt. 1961-62, nr. 364, blz. 2.
(2) *Ibid.*, blz. 5.
(3) *J.T.*, 1958, 631 e.v.

Een dergelijke ruime opvatting inzake schadeloosstelling wordt hier niet behandeld (1), niet alleen omdat de vraag kan rijzen of het wel om een schadeloosstelling gaat, maar vooral omdat de rechtsleer en de rechtspraak reeds stelling hebben genomen (2).

Wat onze aandacht gaande zal houden, is de schadeloosstelling voor degene die het slachtoffer is geweest van het niet in acht nemen van de regels inzake openbare overeenkomsten. Meer bepaald, gaat het, zoals Flamme het zegt, over het vraagstuk van de keuze van de medecontractant na een openbare aanbesteding en inzonderheid over de vraag of degene die de laagste inschrijving heeft gedaan daardoor een automatisch *recht* op de toekenning van de overeenkomst krijgt (3).

De tweede beperking bestaat hierin, dat wij enkel de aansprakelijkheid van de Staat, of anders gezegd van de Regering, zullen behandelen. Zoals reeds werd aangetoond spelen de plaatselijke overheden en de overheidsbedrijven een niet te onderschatten rol op het stuk van openbare overeenkomsten. Het wil ons nochtans voorkomen dat het vraagstuk met betrekking tot deze overheden anders dient te worden gesteld, zoals trouwens uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt (4) zodat die twee vormen van aansprakelijkheid in de huidige stand bezwaarlijk ineens te behandelen zijn. Ten andere, mocht de voor de Staat verwachte oplossing toch eindelijk bereikt worden, dan zou haar toepassing *mutatis mutandis* op de aan de voogdij of het toezicht van de Staat onderworpen instellingen waarschijnlijk niet uitblijven (5).

Het is onbetwistbaar dat het vraagstuk van de schadeloosstelling ten laste van de bestuursoverheid enige vooruitgang heeft gemaakt, doordat de wet van 4 maart 1963 het principe heeft vastgelegd :

---

(1) Te meer daar het arrest ook op de *wederrechtelijke verrijking* steunt.

(2) Bijzonder verdienstelijk hebben zich gemaakt onze collega Professor Maurice-André FLAMME en inspecteur generaal van Financiën de GRAND'RY. Men raadplege hun laatste werk : *Practische kommentaar bij de reglementering van de overheidsovereenkomsten* (1965); — zie ook : FLAMME, M., *La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat, J.T.*, 1964, 609 e.v., 645 e.v., 661 e.v.; — Staatsraad Féli. M. REMION, destijds auditeur bij de Raad van State, heeft ook merkelijk tot de ontleding van die begrippen bijgedragen. Men raadplege ook het werk van J. POORTERMAN : *Entreprises de travaux et de fournitures pour le compte de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics* (1953).

(3) FLAMME, M., *Le droit du plus bas soumissionnaire en matière d'adjudication publique, R.J.D.A.*, 1955, blz. 1 e.v.

(4) Zie REMION, F. M., *Le Conseil d'Etat et les marchés de l'administration, Ann. fac. dr. Liège*, 1960, blz. 441. Buiten de daarin aangeduide arresten van de Raad van State willen wij nog de aandacht vestigen op meer recente arresten zoals Zegers-Cant t/ Wegenfonds, 31 oktober 1961, nr. 8907; — N.V. Cobelec t/ Stad Bastenaken, 22 december 1961, nr. 9069; — Hallet t/ Gemeente Tilff, 18 januari 1963, nr. 9817; — P.V.B.A. Entreprises Générales René Herbignat t/ Cooperatieve Vennootschap *Le Foyer Marcinellois*, 7 januari 1966, nr. 11.589.

(5) Vergelijk in verband hiermee de studie van BUTTGENBACH, A., *R.C.J.B.*, 1961, 332 : „*Mutatis mutandis* les règles qui président au choix de l'adjudicataire (par la Société Nationale du Logement, maître de l'ouvrage) sont actuellement copiées sur celles édictées par la réglementation des marchés de l'Etat".

„Wanneer de Minister besluit de overeenkomst toe te wijzen, moet hij dit, op straffe van schadevergoeding, doen aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft gedaan" (art. 8, § 1, eerste lid).

Doch alvorens bepaalde technische begrippen, zoals bv. het bepalen van de laagste inschrijving te onderzoeken, moeten wij ons eerst beraden over wat de sluitsteen van het ganse systeem kan worden genoemd : de aansprakelijkheid van de Staat.

I. De aansprakelijkheid van de Staat

3. Het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de Staat kan vanzelfsprekend niet beperkt worden tot het domein van de voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten.

Moet een diepgaand onderzoek over dit veelomvattend onderwerp hier achterwege blijven, toch moet onmiddellijk onderstreept worden dat dit begrip in de XIXe eeuw, en nog meer in de loop van de XXe eeuw een grondige evolutie heeft doorgemaakt.

Het wordt maar al te dikwijls aanvaard dat de ontvoogding van de mens, door toedoen van de Franse Revolutie van 1789, de Staat op de achtergrond heeft gedreven. Wie dat poneert moet dan uitleggen hoe het B.W. van 1804 het licht kon zien op het ogenblik dat Napoleon, tot Keizer verheven, het staatsgezag zijn hoogtepunt deed bereiken (1).

Dat de nieuwe Belgische Staat, waarvan het bestaan niet eens verzekerd was, met zijn nog jong kapitalistisch stelsel zijn keuze op een sterk gecentraliseerde staatsmacht heeft laten vallen, is maar al te begrijpelijk. Eerst rond de helft van de XIXe eeuw zal de macht van de bourgeoisie innerlijk en uiterlijk niet meer betwist worden. Uit die tijd dagtekent dan eerst wat bekend staat als de *liberale Staat*. Maar tot dan toe heerste een waarachtige *etatistische* opvatting. Meer bepaald met betrekking tot onze materie, vergete men niet dat de *romp* van de spoorwegen, die door de Staat werden gebouwd, in 1840

(1) Zie DERINE, R., *Grenzen van het eigendomsrecht in de negentiende eeuw* (1955), blz. 277 en 278 : „Anders dan vele auteurs *a priori* of op grond van onvoldoende feitelijke gegevens hebben beweerd, was de eigendomsopvatting van wetgever en de rechtsgeleerden in het begin van de XIXde eeuw niet die van een onbeperkt recht en een ongebreidelde vrijheid... Portalis evenals Napoleon zelf leunden niet zo nauw aan bij de individualistische leer als doorgaans wordt gemeend... Het is onjuist, wat de overheidsbemoeiing en de private eigendom betreft, de Napoleontische tijd als een soort nulpunt te beschouwen...". Zie ook CHLEPNER, B. S., *Cent ans d'histoire sociale en Belgique* (1956), blz. 30 : „Vers le milieu du XIXo siècle, ... la politique économique du Gouvernement belge est en voie de transformation. D'une politique assez active qui faisait intervenir le Gouvernement, dans diverses sphères de l'économie, on passe peu à peu à une politique de libéralisme économique... Pendant la période (1930-1850) les gouvernements avaient une attitude quelque peu *paternelle* suivant le mot de Rogier et intervenaient dans l'économie beaucoup plus qu'on ne le fera dans la suite".

voltooid werd. Kenschetsend ter zake is de uitlating van Rogier in zijn hoedanigheid van Minister van Openbare Werken : de spoorwegen zijn een veel te gewichtige zaak dan dat wij ze in private handen kunnen plaatsen. Men denke ook aan het toenmalig optreden van de Staat ten opzichte van het bankwezen. Kortom, de artikelen 21 en 22 van de wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit liggen volkomen in de geest van de tijd evenzeer trouwens als artikel 95 van het K.B. van 10 december 1868, houdende het algemeen Reglement van de Rijkscomptabiliteit (1).

Krachtens art. 21 van de wet van 1846 dienden al de met de Staat gesloten overeenkomsten te geschieden met mededinging, publiciteit en tegen een vaste prijs, behalve de bij de wetten bepaalde uitzonderingen of deze opgesomd in het volgend artikel (2). En in dit art. 22 van dezelfde wet worden de negen wel bepaalde gevallen aangeduid waarin, bij uitsluiting van andere, door de Staat onderhands mocht worden gehandeld.

Artikel 95 van het K.B. van 1868 behandelt het bepaalde geval waarin verschillende inschrijvers eenzelfde laagste inschrijving hebben gedaan. Deze strakke regeling wijst niet bepaald op een *soepel* optreden van de Staat inzake openbare werken. Economische overwegingen ter zijde gelaten, komt hier ook nog de ministeriële verantwoordelijkheid — een zeer belangrijk politiek vraagstuk op de vooravond van 1848 — ter sprake (3).

De daaruit voortvloeiende houding van het Bestuur en de letterlijke wetsuitlegging door het Rekenhof zijn dan ook in overeenstemming met de toen heersende opvattingen (4).

---

(1) De wettelijke bepalingen zijn eerst opgeheven bij art. 15, 2° van de wet van 4 maart 1963, de verordenende bepalingen bij art. 46 van het K.B. van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van de werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat.

(2) In het verslag van de middenafdeling staat dat de woorden *tegen vaste prijs* werden ingelast omdat duidelijk dient te worden gezegd dat deze werkwijze de regel moet zijn voor deze overeenkomsten. Het is niet voldoende, aldus het verslag, dat de Regering tot de mededinging en de openbaarheid zou verplicht worden om de voor de Staat gunstigste prijzen te verkrijgen. Daarbij komt nog, dat wie zulke werken of leveringen wil verrichten, het risico van het verlies moet lopen evenals hij de verdiensten kan genieten. Het bestuur mag dan ook van de in het lastenkohier bepaalde vereisten niet afwijken (*Pasin.*, 1846, 283, noot 1).

(3) Zie MATTON, H., noot onder het arrest : Cobesma t/ de Belgische Staat, 10 augustus 1951, nr. 1034, *R.J.D.A.*, 1952, blz. 89 : „Waline fait observer que le procédé de l'adjudication traduit bien l'esprit des législateurs du XIX° siècle, bourgeois économes soucieux de ménager les deniers de l'Etat. L'on avait encore l'illusion à cette époque qu'une loi règlerait la responsabilité des Ministres (Const., art. 139, 5°). Il n'y a pas de doute qu'en 1846 c'est pour qu'elle soit engagée que le législateur s'est montré rigoureux en ce qui concerne les pouvoirs du Ministre de disposer des deniers de l'Etat".

(4) In 1952 evenwel zal H. MATTON schrijven (*o.c., l.c.*) : „Il importe de ne pas négliger les intérêts autrement que strictement pécuniaires de l'administration et notamment celui de la bonne exécution des marchés. On tend de plus en plus à considérer l'entrepreneur comme un collaborateur du service public auquel sont destinés les ouvrages".

4. Rond het midden van de eeuw zou die toestand echter evolueren. De openbare werken zijn onontbeerlijk voor de ontwikkeling van het land; daarbij dienen zij ook — zoals reeds gezegd — om hevige economische crisissen te bestrijden. Zijn zij in stijgende mate vereist, dan wordt meteen de vraag gesteld wie bij machte is ze uit te voeren. Is de Overheid daartoe nog in staat? Veel meer lijkt het zo — en dit is de bedoeling van de *liberale economie* — dat de openbare werken een gedroomd werkgebied opleveren voor de zich snel ontwikkelende industrie, het daarmee gepaard gaande groeiende bankstelsel, en het, door hun ineengestrengelde belangen, ontstane financiewezen.

Duidelijk is in ieder geval wat men op het oog had. Toen, ter bestrijding van de crisis, het ontwerp van de reeds vermelde wet van 21 april 1848 werd besproken, verklaarde de Heer De Man d'Attenrode, dat de in artikel 21 van de wet van 15 mei 1864 vastgelegde waarborgen erop gericht waren matige prijzen voor de Schatkist te bekomen en iedere begunstiging van de nijverheid te ondervangen. Naar zijn mening zou de Regering zich tot al de ondernemingen van het land, die haar vertrouwen waardig zijn, moeten wenden met het oog op het bekomen van inschrijvingen waarvan de laagste diende gekozen te worden (1). Terecht kon Henri Lafontaine in 1885, in zijn vermaard werk *Droits et obligations des Entrepreneurs de Travaux publics*, schrijven dat dit de twee gedachten zijn die het debat beheersten : ieder vermoeden van bedrog en gekuip bij de keuze van de aannemer verwijderen, en de grootst mogelijke bezuiniging in de kosten van de aanbesteding verkrijgen. Inmiddels mag worden aanvaard dat de Staat in principe niet belast is met de uitvoering van de werken, maar ze aan private personen toevertrouwt. Daardoor wordt zijn verantwoordelijkheid grondig gewijzigd.

In de mate waarin de Staat geen belangrijke economische en sociale taken meer vervult en zich voordoet als afzijdig van de in tegenstrijdigheden verwikkelde maatschappelijke krachten, treedt de gedaante van het *imperium* op de voorgrond. Wordt over de aansprakelijkheid van de Staat voor de hoven en rechtbanken nog gedebateerd in de jaren vijftig van de vorige eeuw (2), naderhand zal dit praktisch niet meer gebeuren (3) totdat het bekende arrest „Stad Brugge tegen N.V. La Flandria (3) de grote kentering teweegbrengt.

(1) De oorspronkelijke Franse tekst van deze passus en de volgende vindt de lezer in het artikel van FLAMME, *Les adjudications publiques et le contrôle du Conseil d'Etat*, *R.J.D.A.*, 1955, blz. 173 e.v.

(2) Zo verklaarde advocaat-generaal DEWANDREIN zijn conclusies vóór het cassatiearrest van 3 december 1842 (*Pas.*, 1842, I, 358) dat het zaak is van de Overheid te besturen maar dat zij dit alleen met goed gevolg kan doen indien zij zich binnen de grenzen van de wet houdt. Berokkent het schade aan een particulier dan is er de rechterlijke macht, die door de Grondwet belast wordt na te gaan of de wet werd nageleefd.

(3) De evolutie van de houding van de rechterlijke macht wordt breedvoerig behandeld in de conclusies van advocaat-generaal Paul LECLERCQ die aan het arrest Stad Brugge t/ N.V. La Flandria van 5 november 1920 voorafgaan (*Pas.*, 1920, I, 193 e.v.).

Nu wordt uitdrukkelijk door de hoogste gerechtelijke instantie verklaard dat artikel 92 van de Grondwet de geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting aan de bevoegdheid van de rechtbanken heeft voorbehouden; dat de Grondwet daardoor alle burgerrechtelijke rechten onder de bescherming van de rechterlijke macht heeft geplaatst, dit zijn al de private rechten die door het Burgerlijk Wetboek en door de wetten die dit aanvullen, worden gehuldigd en georganiseerd : dat zij aan de hoven en rechtbanken de zending heeft toevertrouwd schadevergoeding toe te kennen wanneer op die wetten inbreuk wordt gepleegd; dat wanneer een tot dit doel strekkende eis wordt ingesteld de rechterlijke macht ervan kennis kan en moet nemen en de vergoeding opleggen, ook indien degene die de schade zou berokkend hebben de Staat, de gemeente of welk ander publiekrechtelijke rechtspersoon zou zijn, en al mocht de schade uit een wederrechtelijke daad van het openbaar bestuur ontstaan zijn (1).

Hoe is dit nieuw begrip tot stand gekomen? Hoe is te verklaren dat het hof van cassatie in 1920 een met de traditioneel geworden uitleg strijdig standpunt innam?

De juridische inkleding van de argumentatie weerspiegelt slechts de ingetreden politieke en sociale verandering. De eerste wereldoorlog bracht het maatschappelijk bestel en dus ook het Staatsbeleid in beweging. De ontwikkeling van de democratie had honderdduizenden geadministreerden tot volwaardige burgers gemaakt. Dringend wordt nu van de Staat verwacht dat hij op het economisch en sociaal vlak zou gaan optreden. Die nieuwe strekking zal wel, tussen de twee wereldoorlogen in, bij gelegenheid verzwakken; verdwijnen zal zij nooit.

Na de tweede wereldoorlog wordt een nieuw tijdperk ingeluid. De vermenigvuldiging en de diversifiëring van de bemoeiingen van de Staat zijn niet meer in te dammen. Wat de bedrijvigheid van de Staat — de plaatselijke besturen en de overheidsbedrijven niet ter zijde gelaten — op het stuk van openbare werken heden ten dage vertegenwoordigt, werd van meetaf aangetoond.

Dat het vraagstuk van de verantwoordelijkheid van de Staat, over bepaalde hindernissen heen, tot de stelling van zijn aansprakelijkheid moet leiden ligt dan ook voor de hand.

Wat nochtans wel eens uit het oog wordt verloren is dat het principe neergelegd in artikel 1382 B.W. niet zonder meer op de Staat toegepast kan worden. Geen verantwoordelijkheid en dus ook

---

Ziehier een van zijn bevindingen : „Après 1900, la maladie dont la jurisprudence souffre s'exaspère à certains moments... La jurisprudence inspirée par la Cour de Cassation est souvent perdue de vue; on va dans l'affirmation de l'irresponsabilité de l'administration plus loin qu'on n'a jamais été; ... quant à la compétence du pouvoir judiciaire à l'égard de l'administration on finit par aboutir à une affirmation qui est la négation presque textuelle de l'art. 92 de la Constitution" (blz. 215).

(1) *Ibid.*, blz. 205 e.v.

geen aansprakelijkheid kan in onze rechtsorde worden uitgedacht, die niet in verband staan met een bepaalde werkzaamheid. Derhalve kan de vraag naar de aansprakelijkheid van de Staat op het beperkt gebied van de voor zijn rekening gesloten overeenkomsten niet beoordeld worden los van zijn bedrijvigheid. Hier ook is de teleologie van de aansprakelijkheid doorslaggevend en dient zij op de bedoelde rechtspersoon afgestemd te worden.

II. Het ontstaan van het huidig stelsel van de schadeloosstelling

5. Kiest men de wet van 1846 als uitgangspunt voor de ontleding van dit stelsel, dan kan men vier perioden onderscheiden :

a. Van de wet van 1846 tot de crisis van 1929;

b. Van de crisis van 1929 tot het ontstaan van de rechtspraak van de Raad van State;

c. Van de rechtspraak van de Raad van State tot het Koninklijk Besluit van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat;

d. Sedert de toepassing van het Koninklijk Besluit van 5 oktober 1955.

Zo ontstond het huidig stelsel vastgelegd in de wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat en in het tot uitvoering van deze wet genomen K.B. van 14 oktober 1964.

Wij zullen ons tot de ontleding van de wet moeten beperken. Rechtspraak is er nog niet. Inderdaad, artikel 56 van het Koninklijk besluit van 14 oktober 1964 bepaalt dat de vóór 1 januari 1965 aangekondigde overeenkomsten onderworpen blijven aan de vroegere wetgeving en aan het Koninklijk besluit van 5 oktober 1955 alsook aan de bijlage daarvan. Mogelijke geschillen hebben dus nog niet het stadium van de berechting bereikt.

A. VAN DE WET VAN 1846 TOT DE CRISIS VAN 1929.

6. Het door de wet van 1846 gehuldigde systeem streefde dus een tweevoudig doel na : enerzijds matige kostprijzen verzekeren; anderzijds voorkomen dat het Bestuur van bevoordeling, van gekuip of bedrog in de toebedeling der aanbestedingen zou verdacht worden.

Hoe konden die twee doelstellingen worden bereikt?

Waar kan men een doeltreffend criterium vinden, dat door zijn objectief karakter borg zou staan voor het onpartijdig optreden van het Bestuur? De oplossing leek gevonden in een dubbel principe :

de openbare aanbesteding is de regel, de onderhandse overeenkomst is de uitzondering; de laagste offerte moet noodzakelijk de voorkeur genieten (1).

Laten we een nochtans niet te veronachtzamen omstandigheid terzijde, die van de crisisperioden, en laten we het vraagstuk dus beschouwen zoals het zich in die tijd normaal voordeed. Waaruit moet blijken dat de automatische keuze van de laagste inschrijving voor de Staat de voordeligste oplossing is? Vermits de Staat de werken niet zelf uitvoert is hij toch blootgesteld aan alle mogelijke manœuvers en bedrog van een aannemer die niet over de vereiste ervaring of de nodige geldmiddelen beschikt om de werken tot een goed einde te brengen, maar die een zeer lage inschrijving deed met de hoop gekozen te worden en dan lukraak tewerk te gaan. Meteen duikt het spook van de onbarmhartige concurrentie op. Wordt het manna van de openbare werken enkel uitgedeeld onder die grote firma's die alle waarborgen van technische ervarenheid en financiële capaciteit bieden, dan betekent dit zoveel als de uitschakeling van de talrijke middelmatige en kleine ondernemers en geraakt men spoedig aan de feitelijke uitschakeling van iedere daadwerkelijke mededinging die juist een hoeksteen van het systeem vormt.

Het leek geenszins onmogelijk de voorwaarden van ervaring en solvabiliteit nader te bepalen.

La Fontaine (2) aanvaardde dat getuigschriften aangaande bekwaamheid en solvabiliteit konden vereist worden. Maar, zo zegde hij, zij mogen geen middel zijn om de aannemers aan de willekeur van het bestuur uit te leveren. Derhalve dienen de gestelde vereisten nauwkeurig gepreciseerd te worden en indien er eenmaal aan voldaan is, dan mogen persoonlijke beschouwingen, politieke invloeden, financiële middelen geen rol spelen. Met andere woorden : de keuze moet uitgaan naar degene onder de bekwame en solvabele inschrijvers die de laagste inschrijving deed.

Wat La Fontaine dwars zat, was dat de Minister zich in de aanbestedingsvoorwaarden vaak het recht voorbehield vrij uit de inschrijvers te kiezen. Dat de overheid, die de wet dient uit te voeren, zich zulk een buitensporige macht aanmatigt, doet de door de wet gehuldigde principes teniet en holt de waarborgen uit die bedacht waren voor een wijze besteding van de overheidsgelden. Terwijl de wetgever bij herhaling de *wens* — men lette op dit woord — heeft uitgedrukt, dat de door de Staat gesloten overeenkomsten aan de willekeur van het Bestuur zouden worden onttrokken en te dien einde de mededinging verplicht heeft gesteld, kan een onverantwoordelijk ambtenaar zich veroorloven de hoogste inschrijving te kiezen.

Misschien had La Fontaine enige reden om geen al te groot

(1) Zie FLAMME, M., *o.c.*, blz. 174.
(2) Voor een synthetische uitleg van zijn stelling, zie FLAMME, M., *o.c.*, *l.c.*

vertrouwen in het Bestuur te stellen. In ieder geval moet worden vastgesteld dat het Bestuur ook na zijn aanklacht verder naar goeddunken optrad.

Het zou echter kleinzielig en onbillijk zijn te geloven, dat de Regering of het Bestuur in ons land, door willekeur gedreven, vooral aan begunstiging dacht. Waar een scheiding ontstaat tussen de opdracht van de Staat voor de uitvoering van openbare werken zorg te dragen, terwijl de concrete verwezenlijking aan private personen wordt toevertrouwd, is het niet verwonderlijk dat de keuze die door het Bestuur dient te worden gedaan niet zo maar automatisch op grond van mechanische criteria verricht kan worden. Daarbij komt dat het Belgische Bestuur een machtspositie bekleedt, wat Eerste-Minister Beernaert duidelijk deed uitkomen toen hij op 17 januari 1906 in het Parlement verklaarde : Bij ons is het zo gesteld dat wanneer het Bestuur gesproken heeft, alles gezegd is (1). Men denke maar aan de taaie en langdurige strijd die gevoerd moest worden om uiteindelijk, met het instellen van een Raad van State in 1946, tot een georganiseerde berechting van de geschillen van bestuur te komen (2).

Waar het Parlement slechts wensen uitsprak, kon alleen heil worden verwacht van de hoven en rechtbanken. Maar de rechterlijke orde, niettegenstaande de overheersende positie die de Grondwet haar had verleend, heeft zich niet kunnen laten gelden als een bolwerk tegen de administratieve willekeur. De schuchterheid van de magistratuur tegenover het Bestuur, die door Errera met veel andere befaamde auteurs in het licht is gesteld, is ook hier een opvallend verschijnsel (3). Zo kon Flamme verklaren, dat tot 1946 (d.i. het instellen van een Raad van State) de voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten, althans voor de fase die aan het sluiten van het contract voorafgaat, buiten enige controle van de rechter bleven, tot leedwezen van de onmachtige slachtoffers of getuigen van overheidswillekeur. Waar de Staat steeds de aannemers en leveranciers die de laagste inschrijving hadden gedaan het recht op een automatische toekenning van de overeenkomst heeft ontzegd, hebben de rechtbanken van de rechterlijke orde herhaaldelijk iedere eis tot schadevergoeding verworpen die op een zodanig *recht* steunde (4).

Terecht onderstreept deze auteur dat dit type van overeenkomst *intuitu personae* wordt gesloten. Belangwekkend is ook zijn opvatting dat vanuit een *civielrechtelijk standpunt* moeilijk het argument weerlegd kan worden volgens hetwelk de oproep tot de mededinging, de

(1) *Pasin.*, 1946, II, 1068.

(2) Zie BUCH, H., *L'évolution du Conseil d'Etat en Belgique, Etudes et documents du Conseil d'Etat de France*, nr. 18, 1964, blz. 175 e.v.

(3) Zie ERRERA, *Traité de droit public belge*, 1918, blz. 257; — REMION, *o.c.*, blz. 427.

(4) FLAMME, *R.J.D.A.*, 1955, blz. 1; — Wat de rechtspraak betreft, zie zijn thesis *Les marchés de travaux publics — Analyse du droit positif et essai doctrinal*, 1954, nr. 118.

publiciteit en het systeem van de vaste prijs geenszins meebrengen dat de laagste inschrijving dient te worden gekozen (1). Hoe het ook zij : in de bedoelde periode is er geen sprake van schadeloosstelling ten laste van de bestuursoverheid wanneer de procedure, die aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaat, niet regelmatig verloopt, en meer bepaald wanneer de laagste inschrijving het niet haalt.

B. VAN DE CRISIS VAN 1929 TOT HET ONTSTAAN VAN DE RECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE

7. Zoals het in 1848 was gebeurd, gaven ook de moeilijke perioden die op de eerste wereldoorlog volgden aanleiding tot bepaalde maatregelen met betrekking tot onze materie.

Bij K.B. van 28 december 1921 waren de bevoegdheden van het *Hoger Comiteit van toezicht* uitgebreid geworden tot alle ministeriële departementen en door de Staat ondersteunde of gepatroneerde inrichtingen. Het organiek besluit van dit orgaan, dat nu onder de benaming van *Hoog Comité voor toezicht* fungeert, werd geordend bij een K.B. van 21 november 1932 dat alhoewel op bepaalde punten gewijzigd, nog steeds het organiek reglement van het comité inhoudt (2). Van belang is artikel 7 : „Het comiteit oefent toezicht uit op de werken, op al de aannemingen, op al de leveringen, en over het algemeen, op alle verrichtingen waarbij het belang van de Staat te eenigerlei titel betrokken is".

Bij K.B. van 13 februari 1935 wordt de *Commissie van den binnenlandschen handel* samengesteld. In het verslag aan de Koning dat aan het besluit voorafgaat, wordt verklaard dat die commissie o.m. tot taak heeft „er voor te waken dat de nationale markt op afdoende wijze beschermd worde tegen de moeilijke mededinging en den buitenlandschen dumping" en in „overeenstemming met de commissie van advies inzake openbare aanbesteding", waarvan wij reeds gewag hebben gemaakt, „erover te waken dat de rechten van de Belgische productie door alle openbare diensten in acht genomen worden".

Daarop volgde het K.B. van 28 februari 1935, nr. 141, houdende oplegging aan de provincies, aan de gemeenten, aan de hun ondergeschikte instellingen en aan de intergemeentelijke verenigingen, van zekere verplichtingen inzake oproep tot mededinging en daden van aanbesteding. Krachtens artikel 1 dienen de „provinciën, de gemeenten, de hun ondergeschikte instellingen en de intergemeentelijke vereenigingen vooraleer een contract van dienst- of werkverhuring of een contract van aanneming of levering af te sluiten, na

(1) Zie Luik, 5 januari 1933, *Jur. Liège*, blz. 41.

(2) Over dit comité raadplege men de studie van STASSEN, J., *Le rôle du Comité Supérieur de Contrôle et l'arbitrage des conflits entre l'Etat et ses fournisseurs, Ann. fac. dr. Liège*, 1961, blz. 379 e.v. Op de scheidsrechterlijke oplossing komen we nog terug.

te gaan of de eventuele contractant of contractanten van Belgische nationaliteit zijn, of de te leveren producten en de te gebruiken materialen van Belgische oorsprong zijn en of de eventuele contractant of contractanten beroep zullen doen, voor de uitvoeringen der werken, op personeel van Belgische nationaliteit. Indien het besluit van het onderzoek op één dezer punten ontkennend is, zijn de bedoelde administratieve organismen ertoe gehouden een oproep te doen tot de mededinging bij wijze van aanbesteding".

Krachtens de bepalingen van het besluit van 1 oktober 1935, nr. 204, waarbij het K.B. van 28 februari 1935 wordt opgeheven, de bestendige commissie van advies inzake contracten en aanbestedingen wordt ingericht en aan de openbare besturen, instellingen en organismen verplichtingen worden opgelegd, worden soortgelijke bepalingen als die welke in het K.B. van 28 februari 1935 voorkomen toepasselijk gemaakt : 1) op de Staatsbesturen, de gemeenten, de groeperingen van provinciën en gemeenten, de aan de openbare machten ondergeschikte instellingen of organismen; 2) op de regieën en de vergunninghoudende instellingen voor zover het contracten geldt welke onderworpen zijn aan het toezicht van een openbare macht, en 3) op de organismen of instellingen in wier voordeel de overheid tussen beide komt, hetzij omdat zij een rechtstreeks belang hebben in het beheer, hetzij omdat zij in de kosten van werking bijdragen of toelagen verlenen.

Dit is nog niet alles. Op 18 mei 1933 werden door de in Raad vergaderde Ministers, het „algemeen kohier van de lasten, bepalingen en voorwaarden toepasselijk op de aannemingen van werken voor rekening van de Staat" en het „algemeen kohier van de lasten, bepalingen en voorwaarden toepasselijk op de aannemingen van leveringen voor rekening van de Staat" goedgekeurd (1). Reeds in 1834 hadden De Brouckère en Tielemans (2) het vraagstuk gesteld van het lastenkohier dat het Bestuur opstelt wanneer het tot een aanneming overgaat en waarin de voorwaarden van de aanneming worden bepaald met betrekking tot het voorwerp, de inschrijving, de waarborgen, de betalingstermijnen, enz. Tot een *algemeen lastenkohier* blijkt men echter eerst in 1933 te zijn gekomen (3). En dan nog hadden „belangrijke parastatale instellingen zoals de N.M.B.S., de R.T.T., de N.M.H. hun eigen algemene lastenkohieren; en zelfs in de schoot van de Staat vermenigvuldigden zich de afwijkingen van het algemeen lastenkohier. Sommige provinciën hadden hun eigen lasten-

(1) Een nieuwe uitgave volgde in 1941.

(2) *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, I, Tw. *Adjudication*, blz. 343; — Zie ook de beschouwingen betreffende het ontstaan der aanbestedingen.

(3) Over de oorsprong van het algemeen lastenkohier zie de GRAND'RY, A. en FLAMME, M., *Praktische kommentaar bij de reglementering van de overheidsovereenkomsten*, § 89 e.v.

kohier; de gemeenten verwezen nu eens naar het lastenkohier van de Staat, dan eens naar het lastenkohier van hun provincie" (1).

8. Heeft de eerste wereldoorlog nieuwe toestanden geschapen, de tweede wereldoorlog heeft een evolutie doen ontstaan waarvan wij de diepte niet altijd peilen (2). Met betrekking tot ons onderwerp willen wij de aandacht vestigen op enkele bepalingen.

In de eerste plaats komt het besluit van de Regent van 31 december 1947 betreffende de normalisatie van de aanbestedingsvoorwaarden inzake werken en leveringen voor rekening van de Staat. Het werd opgeheven door het K.B. van 5 oktober 1955 tot instelling van de Permanente commissie voor de algemene aanbestedingsvoorwaarden inzake overeenkomsten voor rekening van de Staat, dat op zijn beurt opgeheven is bij het K.B. van 14 oktober 1964 tot uitvoering van de wet van 4 maart 1963.

Regels stellen met betrekking tot de normalisatie was goed. Maar hoe konden zij uitwerking hebben als de ondernemers de teugels bleven vieren? Daarom werd de Besluitwet van 3 februari 1947, houdende erkenning der aannemers, uitgevaardigd. In het verslag aan de Regent bij de Besluitwet wordt er met klem op gewezen dat die erkenning „de Staat moet toelaten ten opzichte van de aannemers de nodige waarborgen te bezitten voor de uitvoering van de werken die hij betaalt of subsidieert. Dusdanig beoogt ze een vermindering van de last van een overdreven toezicht tijdens de uitvoering en van de risico's die noch door het contract, noch door het toezicht kunnen worden uitgeschakeld (3). Deze waarborgen zijn gegrondvest op een hoedanigheidsklassering der aannemers, waarvan de regelen door de betrokkenen moeten in acht genomen worden, zo zij de door de Staat uitgeschreven of gesubsidieerde werken willen uitvoeren. ... Een overdreven mededinging tussen eerlijke aannemers en speculanten, de er uit volgende wedloop tussen concurrenten om

(1) *Ibid.*, § 93.

(2) CHLEPNER, *o.c.*, blz. 242 : „La foi était sinon disparue du moins éclipsée dans l'action spontanée des mécanismes économiques et dans les redressements automatiques. Les leaders anciens de l'économie étaient discrédités. La majorité de l'opinion publique était habituée à l'action de l'Etat dans tous les domaines de la vie économique. On peut dire qu'au moment de la libération on était généralement d'accord pour considérer que la restauration devait se faire dans un certain ordre, sous la direction de l'Etat et qu'elle devait être accompagnée d'une série de réformes dans la structure économique"; — STRUYE, P., *L'évolution du sentiment public en Belgique sous l'occupation allemande*, 1945, blz. 65 en 175: „l'on est convaincu aussi que quoi qu'il arrive, le rôle de l'Etat dans l'économie nationale devra grandir" en „l'on entend aussi souvent le vœu — ou l'exigence — que le Gouvernement échappe à l'influence *abusive* des puissances d'argent".

(3) In 1952 schrijft MATTON (*o.c.*, *l.c.*) : „du point de vue de l'accomplissement strict par les entrepreneurs des conditions dans lesquelles les travaux et les fournitures doivent être effectués suivant les clauses du cahier des charges, il s'indiquerait que le législateur organise la responsabilité des agents de surveillance et de réception des ouvrages. Que de fois n'a-t-on pas constaté qu'à ce point de vue les intérêts de l'Etat ne sont pas sauvegardés comme il conviendrait qu'ils le soient".

zoveel mogelijk overeenkomsten af te dwingen, zonder dat met hun bekwaamheid rekening wordt gehouden, leidt onvermijdelijk tot een algemene verlaging van de uitvoeringsvoorwaarde der werken, zowel in opzicht van de eindelijke hoedanigheid als van de duur der uitvoering; ongerekend de talrijke risico's tengevolge van de technische en geldelijke lapmiddelen, der verspillingen, de aldus aan de algemene economie veroorzaakte schade die nadelig is voor de belangen van het Land" (1).

Het ingesteld systeem bestaat in een tweeledige rangschikking : die van de aannemers en die van de werken.

Eigenlijk bestonden die twee rangschikkingen reeds. Maar nu wordt aanvaard dat „die twee klasseringen, werken en aannemers, niet te strak mogen worden verbonden, want het ware onbegonnen werk een juiste verhouding te willen verwezenlijken tussen het aanbod der werken, en dat der aannemers. Het is nodig dat de klassering der aannemers genoegzaam vast weze; de klassering der werken, die de tot hun uitvoering gemachtigde aannemers aangeeft, moet integendeel soepelder zijn. Daarom zal de eerstgenoemde het voorwerp uitmaken van een koninklijk besluit, de tweede van een ministerieel besluit".

Artikel 1 van de besluitwet bepaalt dan ook dat „de uitvoering van werken, door den Staat uitgeschreven of door hem gefinancierd of gesubsidieerd onder om het even welken vorm slechts mag worden toevertrouwd aan aannemers die aan (de bij de besluitwet vastgestelde) voorwaarden voldoen" en dat „de regelen voor de rangschikking der erkende aannemers in verschillende categorieën van werken en in de klassen van belangrijkheid bij koninklijk besluit worden bepaald" (2).

Dat een zodanige regeling een terugslag had op de organisatie van het beroep hoeft geen verwondering te baren. De wet houdende organisatie van het bedrijfsleven van 20 september 1948 bepaalt in haar artikel 6 : „bij Koninklijke besluiten in Ministerraad overlegd, en genomen na advies van de Centrale Raad voor het bedrijfsleven, worden, voor bepaalde takken, onder de benaming *Bedrijfsraden*, raden van advies opgericht die het statuut van publiekrechtelijk lichaam bekomen. De opdracht van die Raden bestaat in het overmaken aan een Minister en aan de Centrale Raad voor het bedrijfsleven hetzij uit eigen beweging, hetzij op aanvraag van deze Overheidsorganen en in de vorm van verslagen die de verschillende standpunten weergeven die in hun midden werden toegelicht, van alle adviezen of voorstellen omtrent de vraagstukken die betrekking

(1) DE BROUCKERE, D. et TIELEMANS, *o.c.*, blz. 334-335 schreven in 1834 : „A l'époque de la révolution française ... c'était au rabais qu'on adjugeait toutes les fournitures de l'État... Mais on ne tarda pas à reconnaître de grands abus dans l'emploi exclusif de ce mode".

(2) Zie het besluit van de Regent van 29 maart 1947 en het ministerieel besluit van 31 maart 1947.

hebben op de bedrijfstak die ze vertegenwoordigen". Ingevolge deze bepaling werd bij K.B. van 4 december 1951 (1) een *Bedrijfsraad voor het Bouwbedrijf* opgericht. Deze raad is bevoegd voor een bedrijfstak die breed wordt opgevat : „het aannemen en het uitvoeren van bouwwerken, voltooiingswerken en onderhoudswerken aan gebouwen en werken der burgerlijke bouwkunde d.w.z. van alle openbare en private werken".

Welk ook het belang van de aldus in 't leven geroepen organen mocht zijn, het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de Staat kon geen oplossing krijgen zo geen rechter optrad om de gehuldigde principes te doen naleven en de gestelde regels te doen eerbiedigen. Dat de Hoven en rechtbanken daarin niet geslaagd waren stond met zoveel woorden bij alle auteurs geschreven.

Op het vlak van de geschillen van bestuur zou kort na de tweede wereldoorlog een nieuw rechterlijk lichaam in 't leven worden geroepen, waaraan de taak werd opgedragen bestuursdaden op hun wettigheid te toetsen. „Overwegende dat het van het allerhoogste belang is dat België zonder langer dralen, een Raad van State geschonken wordt" : zo luidt de inleiding van het Ministerieel besluit van 25 mei 1945 tot inrichting van een adviescommissie, die gelast werd de oprichting van een Raad van State te bestuderen. Deze nieuwe instelling zou het vraagstuk dat hier aan de orde is in een nieuw daglicht gaan stellen (2).

C. VAN DE RECHTSPRAAK VAN DE RAAD VAN STATE TOT HET KONINKLIJK BESLUIT VAN 5 OKTOBER 1955

9. Zoals voor veel andere materies, heeft de Raad van State al in zijn eerste arresten (3) een rechtspraak vastgelegd die van meetaf klaarheid bedoelde te scheppen.

Het uitgangspunt is de theorie van de *afsplitsbare akten* geweest. Deze door de Franse rechtsleer uitgedachte en door de Franse rechtspraak sinds het begin van de XXe eeuw toegepaste constructie komt, voor zover ze ons onderwerp betreft, hierop neer. Een door de Staat gesloten overeenkomst komt voor onder een tweeledige gedaante : ten eerste als een eenzijdige wil van de Overheid die de aanneming laat uitvoeren en ten tweede, op grond hiervan, de wilsovereenstemming (*consensus*) van beide contractanten — de Staat en de gekozen aannemer —, die zich bij overeenkomst verbinden de werken onder de bedongen voorwaarden te verwezenlijken.

De eenzijdige wil van de Overheid is een administratieve handeling die volgens de regels van het administratief recht dient te

(1) Gewijzigd bij de K.B. van 5 april 1954 en 28 januari 1956.

(2) Over het ontstaan van de wet van 23 december 1946, zie BUCH, H., *o.c.*, blz. 190 e.v.

(3) De werkzaamheden van de Raad van State werden eerst in augustus 1948 ingezet.

worden verricht; de *consensus* daarentegen wordt beschouwd als behorende tot het privaat recht en valt dan ook — principieel — onder toepassing van het Burgerlijk Wetboek.

Toch moet hier een belangrijke opmerking worden gemaakt : al kunnen in deze theorie de twee akten van elkaar *gesplitst* worden, toch mogen ze niet van elkaar afgezonderd worden (1).

De reden van het ontstaan van deze constructie alsmede haar eerste uitwerking is geweest : een afbakening van de bevoegdheid van de gewone rechtbanken enerzijds en van de administratieve rechtscolleges, meer bepaald de Raad van State, anderzijds (2). Waar door de hoven en rechtbanken geen paal en perk werd gesteld aan bepaalde willekeurige bestuurshandelingen, leek het optreden van de Raad van State een oplossing te bieden. De vernietiging door dit rechtscollege van de *steun* van het contract, moest logischerwijze de nietigheid van dit laatste tot gevolg hebben. Daarmee zou niet alleen de wettelijkheid worden hersteld maar zou ook de schade, die het optreden van het Bestuur aan een particulier had berokkend, door het optreden van de gewone rechter goedgemaakt worden.

Dat deze laatste doelstelling niet verwezenlijkt werd, staat vast. Dat zal alleen diegenen verbazen die zich in de logica opsluiten en geen rekening houden met de dialektiek van het juridisch leven.

Behoudens de bevoegdheidsregeling, heeft de theorie van de afsplitsbare akten nog een tweede gevolg : zij onderstreept het onderscheid tussen het privaatrecht en het publiek recht.

Bevoegdheid en rechtstak houden nauw verband met elkaar : terwijl deze laatste op bepaalde sociale verhoudingen en de daaruit ontstane rechtsbetrekkingen wijst, heeft een bepaalde ordening van de rechtsbedeling de doeltreffendheid van de berechting van de bedoelde rechten en belangen voor ogen.

Uit de samenloop van bevoegdheidsregeling en toegepast recht ontstaat een nieuw element van de rechtsbedeling : de eigen gezichtshoek die iedere soort van rechter daardoor verkrijgt. De gewone rechtbanken zijn *civilistisch* aangelegd en de administratieve rechtscolleges zien de zaken *bestuurlijk* in. Voor ons heeft ook dat zijn belang.

De theorie van de *afsplitsbare akten* gaat dus van een bevoegdheidsregeling uit. Achter zulke regeling in administratieve aangelegenheden schuilt steeds het grondig vraagstuk van de gedragingen van

---

(1) Zie VAUTHIER, M., *Analyse d'une construction juridique : les „actes détachables" en droit administratif*, J.T., 1958, 413 tot 417, nr. 6 : la réunion des actes de caractère administratif avec ceux de caractère civil est indispensable pour que l'opération sorte ses effets : les actes administratifs servent de *soutien* à l'acte civil, mais c'est l'acte civil lui-même qui finalement sera générateur, dans le chef des parties d'un droit dont elles pourront au besoin poursuivre l'exécution devant les juridictions compétentes. Les auteurs reconnaissent que l'acte n'est *parfait*, qu'il n'est *exécutoire*, que lorsque tous les éléments sont réunis" ; — zie ook, REMION, *o.c.*, blz. 428 e.v.

(2) Zie daarover VAUTHIER, M., *o.c.*, nr. 7, 8 en 21.

de Overheid in de ruimste zin van het woord : zowel bij het verrichten van de bestuurshandeling als bij de rechtsgevolgen van haar optreden. De theorie van de *afsplitsbare akten* is dan ook niets anders dan een uitdrukking in termen van rechtstaal van een aspect van het Staatsbeleid. Haar oogmerk is de doeltreffende berechting van een bepaald optreden van het Staatsgezag.

In onze maatschappij beslist alleen de Staat over de Rijksuitgaven. Doch inzake openbare werken of leveringen is hij het niet die zijn wil verwerkelijkt. Daarvoor staan derden, hoofdzakelijk private personen in. Uiteindelijk wijst de theorie van de afsplitsbare akten op het uitblijven van een homogeen stelsel van de vervulling van deze grondige opdracht van de moderne Staat.

Naar gelang men zich in het ene of het andere van de opeenvolgende stadia — het administratieve of het contractuele — bevindt, krijgen andere beginselen gelding : de Staat kan niet beheerd worden volgens de regels van het Burgerlijk Wetboek en evenmin kunnen de met particulieren gesloten overeenkomsten onderworpen worden aan de eenzijdige wil van één van de contractsluitende partijen.

Is het stelsel niet homogeen, het moet toch sluiten. Derhalve kan de oplossing van ons vraagstuk noch uitsluitend in het privaat recht alleen noch in het publiek recht alleen gevonden worden. Zij kan enkel ontstaan uit een correcte verstandhouding tussen het recht eigen aan ieder van de *afsplitsbare akten*. Maar daar zijn we op heden nog niet aan toe.

10. De Belgische Raad van State heeft van meet af aan de theorie van de afsplitsbare akten overgenomen zonder ze te beperken tot de materie van de aanbestedingen (1). Eerst heeft hij dit op negatieve wijze gedaan, door zich niet bevoegd te verklaren, wanneer het bij hem ingestelde beroep de vernietiging van de overeenkomst tot doel had (2). Kort nadien ging hij zich ook positief uitspreken : „Overwegende dat de beraadslaging waarbij de commissie van openbare onderstand besliste een huurovereenkomst af te sluiten en de door de bestendige deputatie verleende goedkeuring, administratieve akten zijn en het toezicht op hun wettelijkheid onder de bevoegdheid van de Raad van State ressorteert" (3).

Met de toepassing op onze materie van de leer van de afsplitsbare akten werd niet getalmd.

---

(1) VAUTHIER, M., *o.c.*, nr. 5 : „Le Conseil d'Etat de Belgique s'est borné à mettre en œuvre, une *technique juridique* utilisée depuis une cinquantaine d'années dans un grand nombre de cas par le Conseil d'Etat de France".

(2) R.v.St., Van der Noote t/ Regie van Telegraaf en Telefoon, 18 maart 1949, nr. 19.

(3) R.v.St., Grisar, t/ Commissie van openbare onderstand van Mechelen, het provinciaal bestuur van Antwerpen en Huyghebaert, 24 oktober 1949, nr. 137.

Voor de rechtspraak over de afsplitsbare akten, raadplege men REMION, Feli M., *o.c.*, blz. 432 en 433.

Die rechtspraak werd ingeleid door het arrest Sabca dd. 29 juni 1951 (1) : „Overwegende dat de Minister van Landsverdediging op 9 mei 1950 besliste het hoger toezicht op en de algemene herziening van dertig vliegtuigen Spitfire en van twintig vliegtuigen Harvard aan de Société anonyme des avions Fairey en de algemene herziening van zes vliegtuigen Oxford aan verzoekster toe te vertrouwen; dat de beslissing van de Minister van Landsverdediging, waarvan de nietigverklaring wordt gevorderd, een administratieve akte is en dat het van weinig belang is dat de uitvoering ervan het voorwerp van overeenkomsten is geweest; dat, ofschoon de betwistingen betreffende die overeenkomsten behoren tot de bevoegdheid van de rechtbanken, de beslissing van de Minister, ingevolge waarvan die overeenkomsten werden gesloten valt onder de bevoegdheid van de Raad van State (2); dat, in strijd met hetgene door de tegenpartij wordt beweerd, verzoekster belang heeft bij de nietigverklaring van de beslissing omdat zij, ingeval van een nieuwe bestelling, en onder meer indien mededingende firma's worden geweerd, met meer kansen op welslagen haar titels zou kunnen doen gelden om genoemde bestelling te bekomen".

Er zij nog opgemerkt dat de overheid beslist had geen openbare aanbesteding te doen en zich beriep op art. 22, 5°, van de wet van 15 mei 1846 krachtens hetwelk onderhandse contracten mogen aangegaan worden voor werken en voorwerpen die kunst en grote nauwkeurigheid vereisen en waarvan de uitvoering niet kan toevertrouwd worden tenzij aan kunstenaars en ervaren werklieden.

11. Kort daarop volgde het bekende arrest Cobesma dd. 10 augustus 1951 (3) : „Overwegende dat de Minister van Verkeerswezen op 10 oktober 1949 beslist heeft een overeenkomst voor levering van 97 schrijfmachines ... te sluiten met de firma Tondelier tegen de prijs van 905.864,50 fr. terwijl uit het proces-verbaal d.d. 1 juli 1949 van opening van de inschrijvingen blijkt dat verzoekster had ingeschreven voor de prijs van 804.160 fr.; dat de keuze van de inschrijver noch toegelaten noch bekrachtigd werd door de ministerraad of door de Eerste Minister zoals voorzien is in art. 7, *littera* c van het op 18 mei 1933 goedgekeurde lastenkohier (nieuwe uitgave 1941) waarvan de voor de leveringscontracten voorgeschreven bedingen en voorwaarden op de inschrijvers toepasselijk werden verklaard door de oproep tot mededinging; dat de tegenpartij niet bewijst, zoals zij poogt aan te voeren dat de overeenkomst enkel mocht worden ge-

(1) Société anonyme belge de constructions aéronautiques (S.A.B.C.A.) t/ de Belgische Staat, nr. 982.

(2) Zie ook het arrest-advies dd. 11 december 1953, nr. 2983 van de Raad van State inzake N.V. Société technologique Sotec t/ Belgische Staat.

(3) Compagnie Belge-Suédoise de machines (Cobesma) t/ Belgische Staat, nr. 1034.

sloten met de houder van een octrooi van uitvinding en van invoer of met de enige bezitter van de voorwerpen welke de Staat wilde verkrijgen; ... dat de tegenpartij zich nog beroept op het negende geval voorzien bij art. 22 van de wet van 15 mei 1846, dat bepaalt : „contracten uit de hand mogen aangegaan worden : 9° ... voor de leveranties, transporten en werken die, in geval er klaarblijkelijk spoed bij is ten gevolge van onvoorziene omstandigheden, het uitstel niet kunnen lijden, dat aanbestedingen medebrengen"; dat de tegenpartij betoogt dat de administratie alleen oordeelt over de hoogdringendheid en dat de Raad van State niet bevoegd is om te oordelen of er, in een bepaald geval, al dan niet hoogdringendheid bestaat; dat de tegenpartij door voor de overeenkomst een aanbesteding uit te schrijven overeenkomstig de bedingen en voorwaarden van het algemeen lastenkohier van 18 mei 1933 en door de termijnen van de aanbesteding vast te stellen, noodzakelijkerwijs geoordeeld heeft dat de bestelling niet het karakter van hoogdringendheid vertoonde zoals deze bedoeld door artikel 22, 9°, van de wet van 15 mei 1846; dat deze zienswijze van de tegenpartij gestaafd wordt door het feit dat zes maanden zijn verstreken tussen het openen van de inschrijvingen en de kennisgeving van de overeenkomst aan degene die de toewijzing verkreeg".

Het derde arrest van de Raad van State dat onze aandacht vraagt is het arrest in zake Bruneau van 29 oktober 1954 (1). Het beroep beoogde de vernietiging van de door de Minister van Landsverdediging „omstreeks 1 juni 1951 genomen beslissing de bestelling van 25.000 metalen kistjes toe te wijzen aan een inschrijver die bij de inschrijving op de vijfde plaats kwam en wiens aanbod 2.367.500 frank hoger lag dan de offerte van de verzoekende vennootschap, laagste inschrijver". Het betoog van de verzoekende partij beantwoordt de Raad op de volgende wijze : „Overwegende dat generlei wets- of reglementsbepaling de tegenpartij verplicht de levering automatisch te gunnen aan de inschrijver wiens prijs, in cijfers, de laagste was; dat de Staat niet verplicht is de inschrijver te verkiezen die de in cijfers laagste prijs heeft geboden, zo de offerte van de betrokkene niet werkelijk voordeliger is dan die van de vorige inschrijvers".

Doch een andere vraag deed zich voor, nl. of de offerte conform de gestelde eisen was. De door hem vastgestelde toedracht der feiten bracht de Raad van State tot de volgende overweging : „... dat de Minister, nu het zijn taak is de conformiteit van de inschrijving te beoordelen, evenwel ten aanzien van de verschillende inschrijvers dezelfde criteria van beoordeling behoort toe te passen, op gevaar af de regel der gelijkheid onder mededingers geweld aan te doen; dat, in zover de hierboven bedoelde gebreken de inschrijving

(1) P.V.B.A. Ateliers L. Bruneau t/ Belgische Staat, nr. 3772.

van de verzoekende partij hebben doen afwijzen, de beslissing de vennootschap Travaux et Métallurgie, aan wier inschrijving dezelfde gebreken kleefden, aannemer te verklaren, genomen is met machtsoverschrijding".

Daarbij kwam nog dat de wet van 15 mei 1846 de Minister het recht niet ontzegt tot het afwijzen van de laagste inschrijver wanneer dezes geschiktheid tot het uitvoeren van de bestelling niet de gewenste zekerheid geeft, noch tot het verkiezen van de inschrijver die in dat opzicht alle waarborgen biedt. Hoe werd dit beginsel toegepast? „Overwegende dat het de Minister evenwel maar vrijstond zijn appreciatierecht uit te oefenen, zo in het hem voorgelegde verslag of dossier gegevens voorhanden waren die aantoonden dat de vennootschap Travaux et métallurgie beter dan de verzoekende partij in staat was de bestelling uit te voeren; dat in het dossier geen gegeven met betrekking tot de geschiktheid van deze firma om de bestelling uit te voeren, te vinden is; dat zo overigens deze firma in het verslag van de Minister van Landsverdediging en in dat van de Ministerraad als aannemer is voorgesteld, de enige verklaring daarvan ligt in de omstandigheid dat haar offerte, de laagste van de conforme inschrijvingen is; dat zodanige bewering, naar hierboven is aangetoond onjuist is en dat de Minister zijn beslissing derhalve op een verkeerd motief heeft gegrond; dat zij met overschrijding van macht is genomen".

12. Een vraag willen wij nog even belichten : die van de dringende noodzaak of urgentie waarmede een aanbesteding dient te worden behandeld. In zijn arrest Peeters dd. 9 juli 1954 (1) heeft de Raad van State zich andermaal bevoegd verklaard ter zake van een ministeriële beslissing geen beroep te doen op een openbare aanbesteding maar met een bepaalde firma een onderhandse overeenkomst te sluiten. Daarin heeft hij nog eens geoordeeld dat het weinig ter zake deed dat de uitvoering van de betreffende beslissing het voorwerp is geweest van een overeenkomst en dat de betwistingen in verband met deze overeenkomst onder de bevoegdheid van de gewone rechtbanken ressorteren.

Daarna overweegt de Raad van State : „Overwegende dat de wet van 15 mei 1846 eist dat om een overeenkomst te kunnen sluiten op grond van artikel 22, 9°, de onvoorziene omstandigheden een onvoorziene gebeurtenis zouden vormen waarbij de aankoop van benodigdheden dringend is geboden; dat aldus de middenafdeling van de Kamer die deze bepaling aan de door de Regering voor artikel 22 voorgestelde tekst onder nummer 9 heeft toegevoegd verklaarde : „dit nummer is noodzakelijk gebleken voor het geval van dijkbreuk of van andere rampen"; — dat de door de tegenpartij ingeroepen

(1) Peeters t/ Belgische Staat, nr. 3587.

feiten, niet kunnen worden beschouwd als een onvoorziene omstandigheid als bedoeld door artikel 22, 9° van voornoemde wet; ... dat, al konden de leveringen geen uitstel dulden, toch was de dringende noodzaak niet het gevolg van een omstandigheid die de administratie niet tijdig had kunnen voorzien om de aanbesteding te doen; dat de klaarblijkelijke spoed te interpreteren is als geldend inzake leveringen die moeten worden gedaan om de gevolgen van een onvoorziene gebeurtenis welke terzake niet bestaat, te bestrijden; dat de Minister van Landsverdediging door een onderhandse akte te sluiten in een geval waar de vereiste voorwaarden daartoe niet voorhanden waren, zijn macht te buiten is gegaan" (1).

Indien het zo is dat de urgentie niet altijd om lovenswaardige redenen wordt ingeroepen, toch mag dit bestanddeel niet zonder meer over het hoofd worden gezien. Het behoort nu eenmaal tot het tempo van onze hedendaagse beschaving dat alles snel moet gaan. Maar dit is slechts een aan de oppervlakte waarneembaar verschijnsel van een veel dieper gelegen oorzaak : de Tijd. In de ruimste zin van het woord opgevat is de Tijd een uitdrukking van de beweging, van de evolutie (2). Wat onze beschaving kenmerkt is het bewustzijn van de wording der dingen (3). Overweegt de mens in welke mate hij door zijn optreden zijn toekomst kan verwerkelijken, en om een modern woord te gebruiken doet hij aan prospectie (4), dan wordt de tijd een overwegende factor.

Dat tekent zich nog scherper af met de *urgentie*. Waarom doen zich bepaalde verschijnsels *plotseling* voor? Werden zij niet voorzien of waren ze, in onze huidige stand van kennis, onvoorzienbaar? In beide gevallen ligt de onwetendheid, het gebrek aan kennis van de voortekens, aan de grondslag van de dringende noodzaak. Waarschijnlijk hoeft het geen verder betoog dat dit voor de werkzaamheid van de moderne *Leviathan*, het Bestuur, ook geldt.

---

(1) Voor de ontleding van het begrip *urgentie* zie de mededeling van G. BOLAND, Substituut Auditeur-Generaal bij de Raad van State : *La notion d'urgence dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique*, in *Le Fait et le droit, Travaux du Centre National de recherches de logique*, 1961, blz. 175 tot 190.

(2) LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 1960, Tw. *Temps*, blz. 1110 : (le temps est) „la période qui va d'un évènement à un évènement postérieur", „le changement continuel est généralement considéré comme continu par lequel le présent devient le passé", „une espèce de changement... comme celui de l'action au repos" ... „une sorte de trame mobile entraînant les événements sous le regard d'un observateur toujours en face du présent".

(3) GUYAU, A., *La genèse de l'idée du Temps* : „l'avenir est essentiel à l'idée du temps ... le cours du Temps n'est que ... l'intervalle conscient entre le besoin et la satisfaction, entre la coupe et les lèvres". Men denke ook aan de groeiende belangstelling die mede daarom naar de opvattingen van TEILHARD DE CHARDIN uitgaat.

(4) Dit begrip werd voor een tiental jaren in Frankrijk uitgedacht door Gaston BERGER. In het tijdschrift *Prospective* heeft het *Centre d'étude des prospectives (association Gaston Berger)* zich zelf als volgt aangediend : „un groupe constitué pour l'étude des causes techniques, scientifiques, économiques et sociales qui accélèrent l'évolution du monde moderne et pour la prévision des situations qui pourraient découler de leurs influences conjuguées".

13. Hoe kan die rechtspraak van de Raad van State, meer bepaald na het arrest Bruneau, worden opgevat? (1).

De constructie van de afsplitsbare akten — hoe dienstig ook — is niets anders dan een constructie. De Raad van State ziet toe dat het bestuur de wettelijkheid eerbiedigt. Hij dient de wettelijkheid te herstellen wanneer hij daartoe wordt aangezocht. Hoe is hij te werk gegaan? Liever dan algemene beginselen te huldigen is hij doeltreffend opgetreden : hij heeft eenvoudig de termen van het debat omgekeerd. Daar waar het bestuur voorhield dat de inschrijver het bewijs moest leveren dat de wet — ter zake de wet van 1846 — niet werd nageleefd, stelt de rechtspraak van de Raad het debat nu zo : heeft de overheid beslist geen gebruik te maken van het normaal procédé van de openbare aanbesteding dan dient *zij* te bewijzen dat zij zich in een van de bij de wet bepaalde uitzonderingsgevallen bevindt; leeft zij de voorgeschreven vormen niet na, dan dient *zij* zich dienaangaande te rechtvaardigen; valt haar keuze van de medecontractant niet op degene die de laagste inschrijving heeft gedaan, dan moet *zij* de redenen daarvan aangeven. En dit alles dient te gebeuren op straffe van nietigheid van de door haar verrichte handeling. Wat de gevolgen van de omkering van de bewijslast voor de beslechting kunnen zijn is ieder ervaren jurist bekend. Bij deze beschouwingen kunnen wij nochtans niet blijven stilstaan.

14. Nog andere bedenkingen zijn hierbij te maken.

Ten eerste : de door de Raad van State aan het bestuur opgelegde verplichting met redengeving te werken is er geen van formalistische aard : het onderzoek van deze rechter naar de toedracht der feiten dringt door tot de zaak zelve. Het toetsen van begrippen zoals *dringende noodzaak* of de *conformiteit* van de offerte waar het om bestuursdaden gaat lag, om complexe redenen, niet in de lijn van de gewone rechter. Van meet af aan is de Raad van State echter die weg opgegaan (2).

Ten tweede : zo'n opvatting is bedoeld om het bestuur ertoe te brengen de wet meer nauwgezet na te leven. Voor degene die weet dat hij zich zal moeten verantwoorden, is *bezint eer U begint* een gouden regel.

---

(1) Zie de aantekeningen van Paul De Visscher bij het arrest van de Raad van State in zake Bruneau, *R.J.D.A.*, 1955, blz. 43.

(2) Zie Boland, *o.c.*, blz. 188 : „M. Vauthier justifie l'audace du Conseil d'Etat, comparée à la prudence de la Cour de Cassation en disant que la haute juridiction administrative est appelée par nature à travailler sur des faits; qu'étant une juridiction prétorienne, ... elle „intègre peu à peu des états de fait dans le droit"; et enfin qu'étant le juge du pouvoir, il lui appartient de fixer à celui-ci des droits et ses limites et notamment les limites de „l'opportunité" (par exemple en déclarant qu'en *bonne* administration, telle *urgence* ne *saurait* être interprétée de telle manière)".

Ten derde : als de foutieve gedragingen van de overheid eenmaal vastgesteld zijn ligt, boven het herstel van de wettelijkheid, de baan open voor de schadeloosstelling van het slachtoffer van de onrechtmatige daad.

Aldus scheen het goed recht te zegevieren. De logica hield in dat, door de vernietiging van zijn *steun*, het onregelmatige contract ook niet meer onbesproken zou worden gelaten en de daarmee voor het slachtoffer gepaard gaande gevolgen ook niet zouden uitblijven.

Spijtig genoeg zijn de zaken niet zo verlopen. Daarvoor zijn twee redenen aan te halen.

De eerste bestaat in het logisch gevolg dat de constructie van de afsplitsbare akten vanaf het ogenblik dat de gewone rechter, evenzeer als voor het ontstaan van de rechtspraak van de Raad van State, bij zijn civilistische gezichtshoek bleef. De tweede bestaat in de door het Bestuur uitgedachte repliek wanneer het door de rechtspraak van de Raad van State in het nauw gedreven werd. Daarop zullen we terugkomen bij de bespreking van de wet van 4 maart 1963.

De Raad van State had de grenzen van zijn eigen bevoegdheid aangeduid. In de reeds vermelde zaak Sotec had de verzoekende partij op grond van art. 7, § 1, van de organieke wet van de Raad van State van 23 december 1946 (1) om advies verzocht : „Overwegende dat uit de middelen van verzoekster kan weerhouden worden dat zij als oorzaak van de schade, waarover zij klaagt, ook de akte aanvoert, waarbij op haar deelneming een beroep is gedaan bij de eerste beperkte aanbesteding; dat de administratie reeds besloten had haar het werk niet toe te wijzen en dat zij aldus kosten veroorzaakt heeft voor de studie en het opmaken van onnodige aanbestedingen; dat de administratieve overheid, door haar toevlucht te nemen tot de beperkte aanbesteding, besliste een koopovereenkomst uit de hand te sluiten die onder de gelding valt van de regelen van burgerlijk recht en van de wetten die dit aanvullen (2); dat overigens niet beweerd wordt dat enige wets- of reglementsbepaling de administratie in zodanig geval ontslaat van de burgerlijke aansprakelijkheid, die volgt uit haar fouten tijdens het zoeken naar aanbiedingen met het oog op het sluiten van die koopovereenkomst uit de hand; dat op haar bijgevolg dezelfde verantwoordelijkheid rust als op de particulieren die op dezelfde manier te werk gaan om aanbiedingen te bekomen, deze te bestuderen en de ondernemer of de leverancier te

(1) Art. 7, § 1 : „Telkens wanneer er geen ander bevoegd rechtscollege bestaat, neemt de afdeling administratie kennis van de aanvragen om herstelvergoeding betreffende een buitengewone schade welke ontstaan is uit een door de Staat, de provincie of de gemeente genomen of gelaste maatregel, deze mogen normaal, gebrekkig of met vertraging zijn uitgevoerd. De afdeling administratie spreekt zich, bij wijze van gemotiveerd advies uit naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden van openbaar en privaat belang".

(2) Dit is de formule van het arrest van cassatie in zake *Flandria*.

kiezen; dat voor de door haar in die onderstelling verrichte daden de regelen van het burgerlijk recht gelden, en dat de hieruit ontstane betwistingen rechten in het gedrang brengen, waarvoor de burgerlijke vordering openstaat; dat dus een bevoegde rechtsmacht bestaat om kennis te nemen van de vraag betreffende het herstel van de schade waarover verzoekster klaagt".

Deze stelling waarbij de verantwoordelijkheid van de Staat met die van een particulier wordt gelijkgesteld, is niet bevreemdend. Verzoekster had inderdaad haar eis tot schadeloosstelling tot de „kosten veroorzaakt voor de studie en het opmaken van onnodige aanbiedingen" beperkt (1). Hoe dan ook, het woord was in ieder geval aan de rechtbank.

De P.V.B.A. Ateliers L. Bruneau had, zoals wij het hebben gezien, het pleit gewonnen bij de Raad van State; zij diende dan ook bij de Rechtbank een eis tot schadeloosstelling in. Het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg van Brussel (2) beantwoordde niet aan de hoop die de rechtspraak van de Raad van State had doen ontstaan (3). Wat meer is, het uitblijven van enige veroordeling tot

(1) Met betrekking tot de vraag zullen we een recent arrest van het hof van cassatie van 16 december 1965 (*J.T.*, 1966, 319) verder bespreken.

(2) Bruneau t/ Etat Belge, *R.J.D.A.*, 1957, blz. 152. Na het arrest van de Raad van State dd. 29 oktober 1954 te hebben ontleed, zegt de rechtbank : „Attendu qu'il est inexact de soutenir que le Conseil d'Etat a annulé la décision parce que le droit de Bruneau avait été violé comme le soutient le demandeur, puisque le Conseil d'Etat commence par proclamer que le plus bas soumissionnaire n'a aucun droit; qu'il est aussi inexact de soutenir comme le fait le défendeur que le Conseil d'Etat a annulé parce que la décision annulée était infectée de certains vices de forme; qu'il faut au contraire admettre que le Conseil d'Etat a annulé la décision de passer la commande à „Travaux et métallurgie" parce que cette décision avait été prise alors que l'Etat n'était pas en possession des éléments lui permettant d'apprécier sainement la situation; qu'il faut en déduire qu'il y aurait tout au plus obligation pour l'Etat de se prononcer à nouveau sur cette question si c'était encore possible mais qu'on ne peut nullement en déduire que les tribunaux seraient obligés automatiquement d'accorder des dommages et intérêts; Attendu que le résultat de pareilles décisions du Conseil d'Etat joint au fait que celui-ci ne voit pas la matière à ouverture à une indemnité extraordinaire à proposer par lui et joint au fait que le marché devenu définitif et exécuté avant l'arrêt ne peut plus civilement être résilié, a pour effet de supprimer beaucoup de l'intérêt pratique qu'ont les requérants à postuler de telles annulations, il n'en résulte pas pour cela que le juge du contrat doive lui nécessairement et automatiquement accorder des dommages et intérêts afin de sanctionner les arrêts du Conseil d'Etat; que si le système légal présente un vice ce n'est pas aux tribunaux qu'il appartient de le corriger; attendu qu'en l'espèce à défaut pour le demandeur de démontrer qu'un droit civil lui appartenant a été violé par la faute du défendeur, il y a lieu de le débouter de son action".

(3) Zie de GRAND'RY, A., in zijn noot onder dit vonnis, *R.J.D.A.*, 1957, blz. 154 : „le jugement... revêt un intérêt de principe pour le contentieux des marchés de l'administration; il devait nous fixer en effet sur la position qu'adopterait le pouvoir judiciaire devant le problème des suites possibles d'un arrêt du Conseil d'Etat annulant un *acte détachable* d'un contrat. Pareille annulation laissant au contrat sa pleine validité n'a guère qu'un effet platonique pour le soumissionnaire évincé qui l'a obtenu ... Le tribunal qui déclare par ailleurs" que si le système légal présente un vice, ce n'est pas aux tribunaux de le corriger" ferme la seule voie qui aurait pu être utilisée, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une réforme par le législateur, pour donner un intérêt pratique au recours en annulation en cette matière".

schadeloosstelling zou de overheid er zeker niet toe aanzetten de wet te eerbiedigen (1).

D. DE TOEPASSING VAN HET KONINKLIJK BESLUIT VAN 5 OKTOBER 1955

15. Dit besluit werd genomen „tot regeling van de overeenkomsten betreffende de aannemingen van werken, leveringen en transporten voor rekening van de Staat" (2).

Het ontleent zijn rechtsgrond aan de wet van 15 mei 1846. In de inleiding wordt ook verwezen naar het K.B. van 10 december 1868. De bedoeling van het K.B. van 1955 kon dus moeilijk iets anders zijn dan „de bepalingen van het K.B. van 10 december 1868 met betrekking tot de overeenkomsten voor rekening van de Staat in een enkele tekst te coördineren met de reglementaire administratieve bepalingen en voorwaarden van het algemeen lastenkohier der overeenkomsten voor rekening van de Staat" (van 1933) (3).

Tot de ontleding van dit besluit zullen we niet overgaan; het is ten eerste voorbijgestreefd en het levert geen nieuwe stof voor ons betoog (4).

Toch moet de aandacht gaan naar de bepalingen van afdeling 6 onder het opschrift *Keuze van de aannemer*. Art. 32 stelt : „Vóór de aanwijzing van de aannemer aan wie de aanbesteding wordt gegund, ziet het bestuur de rekenkundige bewerkingen van de inschrijvers na, verbetert het de daarin ontdekte fouten en stelt het de inschrijvingssom vast zoals die uit de verbetering van de fouten volgt...". Daarop volgt de beschrijving van die verrichtingen. Krachtens artikel 34 heeft „de bevoegde overheid na de procedure van aanbesteding het recht de aanbesteding niet toe te wijzen, en bij voorkomend geval, een nieuwe aanbesteding uit te schrijven", of ook nog, „slechts bepaalde partijen toe te wijzen".

Zo komt men bij artikel 35 : „Wanneer het bestuur een aanbesteding toewijst, moet zij dit doen aan de inschrijver die de werkelijk laagste offerte heeft gedaan". Maar wat is de *werkelijk* laagste offerte ? Het antwoord luidt : „Voor de vaststelling van de laagste offerte moet het bestuur rekening houden met de aangeboden prijzen en

(1) VAUTHIER, *o.c.*, nr. 21 : „Il n'est pas exclu que des solutions inspirées par des considérations de justice ou d'équité corrigent un jour les inconvénients que les auteurs relèvent dans le système soit en mettant à charge de l'administration des réparations qui lui susciteront d'utiles réflexions...".

(2) Het werd gewijzigd bij het K.B. van 31 mei 1961.

(3) Dit *algemeen lastenkohier* heeft geen gelding meer vanaf 1 januari 1956 (art. 47 van het K.B.).

(4) In een noot van BUTTGENBACH, A., *R.C.J.B.*, 1961, 332, staat te lezen : „Mais ne nous faisons pas d'illusions sur les chances que ce nouveau cahier de charges (van 5 oktober 1955) donne au soumissionnaire irrégulièrement évincé d'obtenir des dommages et intérêts devant les tribunaux judiciaires, sur la base de l'article 1382 (du Code Civil)".

met de andere berekenbare gegevens, die de uitgaven welke het bestuur met zekerheid zal moeten dragen, zullen verhogen" (1).

Ten slotte bepaalt § 4 van dit artikel dat „ten aanzien van de keuze van de aannemer van §§ 1 tot 3 niet kan worden afgeweken dan bij beslissing van de Ministerraad of, in spoedgevallen, bij beslissing van de Eerste-Minister".

16. Dat het vraagstuk dat ons bekommert geen vooruitgang deed moge blijken uit de ontleding van de rechtspraak door de auteurs (2).

Nadat de rechtbank van Brussel de eis van Bruneau had afgewezen had de Grand'ry geoordeeld dat het beroep op de gewone rechter niet veel zou uithalen. Weliswaar diende de rechter in de zaak Bruneau nog de oude reglementering in overweging te nemen, maar de latere ontwikkeling zou de voorspelling van onze auteur gelijk geven. Derhalve zag hij geen ander heil dan in een bemoeiing van de wetgever en dan nog meer bepaald in de zin van een uitbreiding van de bevoegdheid van de Raad van State (3).

Ook was Remion in zijn reeds voornoemde studie in 1960 tot ontgoochelende bevindingen gekomen. In de huidige stand der wetgeving en gelet op de stelling van de rechtbanken, schrijft hij dat geen uitweg voorhanden lijkt te zijn (4). Daarom stelde Remion

---

(1) Het besluit behandelt ook het geval waarin verschillende inschrijvers gelijke laagste prijzen hebben aangeboden.

(2) Voor de ontleding van die rechtspraak zie de reeds vermelde studie van REMION, F. M., „*Le Conseil d'Etat et les marchés de l'administration*, 1960; — FLAMME, M., *la notion d'irrégularités substantielles affectant la procédure et les soumissions dans les adjudications publiques*, *R.J.D.A.*, 1962, blz. 45, onder het arrest van de Raad van State van 31 oktober 1961, Zegers-Cant t/ Wegenfonds, nr. 8907; — FLAMME, M., *La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat*, *J.T.*, 1964, 648 tot 651.

(3) *R.J.D.A.*, 1957, blz. 159 : „le droit à des dommages-intérêts étant écarté, le fait que la validité du contrat n'est pas atteinte par l'annulation de l'acte de passation empêche d'autre part toute sanction pratique ... L'élaboration d'un système qui permettrait sur renvoi automatique ou non du Conseil d'Etat aux tribunaux, de faire constater la nullité du contrat dont l'acte de passation a été annulé se heurte à une difficulté capitale : un contrat qui a déjà produit des effets juridiques ne peut être dépouillé rétroactivement de tous ses effets... Ce n'est donc pas dans cette voie que la solution nous paraît devoir être recherchée. Si le refus de reconnaître des droits subjectifs aux soumissionnaires évincés ferme la voie à une action en dommages-intérêts, deux solutions peuvent être envisagées pour améliorer la contentieux des marchés : a) la modification de l'article 7 de la loi du 23 décembre 1946 ...; b) l'institution d'une procédure analogue à celle du „sursis à exécution" établie en France par le décret du 30 septembre 1953...". Zie hierover ook POORTERMAN, J., *Entreprises de travaux et de fournitures pour le compte de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics*, blz. 201.

(4) *O.c.*, blz. 458 e.v. ... „l'influence de la jurisprudence (du Conseil d'Etat) se marque non seulement par le rappel des principes juridiques qui doivent régir les marchés publics, mais plus spécialement par le rappel des principes de saine moralité administrative". ... „l'intérêt supérieur de la légalité des actes administratifs ne touche tout le monde que si sa proclamation bénéficie à l'un ou à l'autre en „espèces sonnantes et trébuchantes" ... Nous sommes bien obligés de constater que l'arrêt du Conseil d'Etat ne peut avoir, dans l'état actuel de la législation, d'influence *pratique immédiate* que s'il intervient *avant le contrat*... Indépendamment de cette hypothèse on doit bien constater que l'arrêt d'annulation n'a pas d'influence sur le contrat; ... Ils (les juristes spécialistes) ont eu un tort, c'est de vouloir à tout prix trouver une solution *de lege lata*, sans vouloir innover. On les comprend

ook andere oplossingen voor. Na er op gewezen te hebben dat artikel 7 § 1 van de wet van 23 december 1946 geen doeltreffende oplossing bood (1), stelde hij, de *lege ferenda*, een voorontwerp van wet op. Daarbij werden twee oplossingen prijsgegeven : de bevoegdheid van een enkele rechter en de bevoegdheid van de Raad van State ter zake van voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten (2). Volgens onze auteur zou de oplossing te vinden zijn in een nieuwe ordening van het proces en een aanpassing van de rechtspleging. Eigenlijk komt de oplossing hierop neer dat die overeenkomsten niet gesloten mogen worden vóór dat de inschrijver de kans heeft gekregen beroep in te stellen bij de Raad van State en deze de ernst van de voor hem ingeroepen middelen heeft kunnen beoordelen. Het stelsel komt neer op een verkorting van de termijn voor het indienen van het verzoekschrift bij de Raad van State na de bekendmaking van de beslissing van de overheid tot aanwijzing van de medecontractant en op het instellen van een termijn van tien dagen binnen welke de Raad over de ernst van de middelen oordeelt en eventueel een arrest wijst waarbij het sluiten van de overeenkomst wordt opgeschort. Het arrest waarbij over het verzoek uitspraak wordt gedaan, dient in ieder geval binnen honderd twintig dagen tot stand te komen (3).

Volledigheidshalve moet nog de scheidsrechterlijke oplossing worden vermeld die door Jacques Stassen werd geformuleerd (4).

---

un peu car la matière est explosive : elle se situe à la limite des compétences respectives des tribunaux de l'ordre judiciaire et du Conseil d'Etat. Le soumissionnaire n'a pas un droit à être adjudicataire. — Même si l'on admettait ce droit (à la régularité de la procédure) comment établir le lien de cause à effet (exigé par l'article 1382) entre la faute et le dommage puisque rien ne permettrait d'affirmer que l'administration aurait accordé l'adjudication à ce soumissionnaire... Si l'on admettait la faute, ... comment évaluer le préjudice ? Devrait-on couvrir uniquement les frais d'études exposés en pure perte, le *damnum emergens*, ce qui paraît bien peu de chose, une sorte de réparation pour le principe ; ou faudrait-il couvrir également le manque à gagner, le *lucrum cessans* ?...

Il peut se faire que les conditions pour l'obtention de dommages-intérêts soient remplies. Mais ce sera exceptionnel : nous pensons à l'hypothèse où l'administration elle-même reconnaîtrait que si l'illégalité n'avait pas été commise le demandeur aurait reçu le marché" (blz. 464-466). Dit was het geval in de zaak Colimpex, beslecht bij arrest van de Raad van State van 6 mei 1960, nr. 7839.

(1) *Ibid.*, blz. 468 en 469 : „il est certain qu'il y a ici une voie ouverte au soumissionnaire évincé ... mais les embûches sont nombreuses et les résultats bien problématiques" ...

(2) *Ibid.*, blz. 470 : „Ne pourrait-on concevoir que les tribunaux judiciaires soient rendus compétents pour connaître, à la demande des tiers, de la nullité du contrat ? Nous n'insistons pas sur ce point parce que nous ne croyons pas que ce soit la solution idéale ... Ne serait-il pas illogique de vouloir tout confier aux tribunaux de l'ordre judiciaire ... Faudrait-il rendre le Conseil d'Etat compétent pour tout ce qui concerne les contrats administratifs. Cette solution n'est pas non plus possible parce qu'elle irait à l'encontre de la jurisprudence traditionnelle de nos Cours et tribunaux qui renconnaît aux contracts passés avec les pouvoirs publics le caractère de contrat civil".

(3) Het volledig voorontwerp vindt men in dezelfde studie van REMION, blz. 476 e.v.

(4) *O.c., l.c.* „le comité supérieur de contrôle est à même de remplir un rôle utile et efficace dans les conflits pouvant opposer l'administration aux entrepreneurs et aux industriels... Malheureusement, les limites dans lesquelles son rôle se trouve contenu

Uiteindelijk willen we nog wijzen op een arrest van het hof van cassatie en op de reeds vermelde doctrinale studie van professor Buttgenbach (1). Het antwoord van het hof van cassatie is zo geformuleerd : heeft de feitenrechter vastgesteld dat de eiseres een offerte had gedaan, zo rechtvaardigt dit niet haar aanspraak op schadeloosstelling, gegrond op de onregelmatigheid van de aanbesteding waarbij zij geweerd werd en haar de kans op de toewijzing van de werken werd ontnomen.

Van de omvangrijke studie van Buttgenbach zullen wij een vaststelling en een conclusie onthouden : de vaststelling is dat het beroep op de gewone rechter geen oplossing biedt (2); de oplossing is eigenlijk die welke door Remion na Vauthier en Poorterman werd aangegeven (3). Er bleef dus niets over anders dan een beroep op de wetgever te doen; dit zou dan ook niet uitblijven.

17. Doch vooraleer dit te onderzoeken, dienen wij nog de instelling van nieuwe organen van Staatsbeleid te vermelden. Al te dikwijls zoekt men zijn heil in de rechtsbedeling; is het niet beter naar middelen te zoeken die het ontstaan van de onrechtmatige daad zullen ondervangen?

Drie organen verdienen daarom de aandacht.

1. Bij een tweede K.B. van 5 oktober 1955 werd de Permanente Commissie voor de algemene aanbestedingsvoorwaarden inzake overeenkomsten voor rekening van de Staat ingesteld (4). Deze Commissie, die ingesteld werd bij de diensten van de Eerste Minister, had tot taak, advies uit te brengen over alle voorstellen tot wijziging

---

lui fait perdre une grande partie de son efficacité" (blz. 401) ... Le Comité Supérieur de contrôle. section du contectieux pourrait être appelé à jouer le rôle d'une juridiction arbitrale, compétente pour trancher les conflits relatifs aux marchés dans lesquels le cahier général des charges de l'Etat est utilisé".

(1) Cass., 3 november 1960, in zake N.V. Rhodius-Deville t/ cooperatieve vennootschap *le Foyer Namurois* en de Nationale Maatschappij voor Goedkope Woningen, *R.C.J.B.*, 1961, blz. 320; het bestreden arrest van 20 maart 1959 van het hof van beroep van Brussel vindt men op blz. 314. De studie (blz. 322 e.v.) draagt als titel : *Du sort de l'action en dommages-intérêts introduite devant les tribunaux judiciaires par un soumissionnaire évincé, suite à un arrêt du Conseil d'Etat annulant la désignation irrégulière d'un adjudicataire de marché de travaux publics.*

(2) „On voit donc que dans l'état actuel des choses, la possibilité pour le soumissionnaire évincé d'obtenir des dommages et intérêts devant les tribunaux judiciaires sur la base de l'article 1382 du Code civil en suite d'un arrêt du Conseil d'Etat annulant une adjudication, semble inexistante et qu'en conséquence les arrêts du Conseil d'Etat en cette matière ont une portée théorique et sont dénués de toute efficacité".

(3) Onder de titel *La solution à ce problème* staat te lezen (blz. 333) : „il faut donner au recours devant le Conseil d'Etat dans la matière qui nous occupe, un *caractère suspensif* et instituer en cette matière une *procédure d'extrême urgence*, obligeant le Conseil à statuer dans les délais très courts. Bij de beschouwing over „le retard que l'auditorat du Conseil d'Etat peut apporter à la solution de certaines affaires, pour des raisons purement politiques" kunnen wij ons geenszins aansluiten.

(4) Gewijzigd bij de K.B. van 22 januari en 7 mei 1958.

van de algemene aanbestedingsvoorwaarden en de door haar nuttig geachte verbeteringen voor te stellen. Zij was samengesteld uit : vertegenwoordigers van ministeries, overheidsbedrijven, openbare diensten, werknemers en werkgevers. De opdracht van deze commissie werd nader toegelicht en haar benaming gewijzigd bij het K.B. van 14 december 1960 tot instelling van de Permanente commissie voor de openbare aannemingen. Krachtens art. 1 wordt „bij de diensten van de Eerste-Minister een Permanente commissie voor openbare aannemingen van werken, leveringen en diensten ingesteld". De Ministers, aldus art. 2, onderwerpen elk voorontwerp van wet of besluit betreffende de aannemingen van de Staat en de algemene aanbestedingsvoorwaarden aan het advies van de Commissie. De commissie stelt de door haar nuttig geachte verbeteringen voor". Haar samenstelling blijft praktisch dezelfde.

2. Bij K.B. van 2 juni 1961 werden een Ministerieel Comité voor economische en sociale coördinatie en de daaronder ressorterende Ministeriële Comité's opgericht. Dit Comité had tot opdracht „de algemene richtlijnen van het economisch, financieel en sociaal beleid van de Regering vast te leggen en er de uitvoering van te coördineren" (artikel 3).

Het werd gereorganiseerd bij het K.B. van 23 augustus 1965. Het heeft tot taak „de technische grondslagen vast te leggen voor het economisch, financieel en sociaal beleid van de Regering en de uitvoering ervan te coördineren, hierbij bijgestaan door de in art. 6 beoogde comité's" (art. 2). Onder die comité's moet de aandacht uitgaan naar het comité voor het beleid inzake infrastructuur en openbare investeringen waarvan de bevoegdheid zich uitstrekt tot „de politiek van infrastructuur, van vervoer en van ruimtelijke ordening. Het wordt er mede belast de investeringsprogramma's van de Staat, de parastatale instellingen en de ondergeschikte machten op te maken en er de verwezenlijkingsstadia van aan te passen in functie van de ontwikkeling van de conjunctuur en van de financiële mogelijkheden". (art. 15).

3. Op grond van de besluitwet van 20 september 1945 betreffende de normalisatie, werd op 17 maart 1961 een Koninklijk besluit genomen tot instelling van een comité voor bevordering, coördinatie en toepassing van de bekrachtigde normen betreffende het bouwbedrijf en de daarin gebruikte produkten. „Dit comité wordt belast met het bevorderen van de toepassing der bekrachtigde normen in alle overeenkomsten met betrekking tot het bouwbedrijf gesloten door 1) de Staat; 2) de instellingen en lichamen die door de Staat geheel of gedeeltelijk worden gesubsidiëerd; 3) de door de Staat gefinancierde lichamen belast met de bouw van volkswoongelegenheden" (art. 2). „Het comité stelt aan de Ministers maatregelen voor die ertoe strekken de toepassing van de bekrachtigde normen bij de

in artikel 2 bedoelde overeenkomsten verplicht te maken. Het bereidt de redactie voor van de technische specificaties die in de op die overeenkomsten toepasselijke algemene aanbestedingsvoorwaarden moeten worden ingevoegd, in afwachting dat de overeenkomstige normen worden bekendgemaakt" (art. 3).

Gelet op de zeer ruime vertegenwoordiging van de Staat, van de Overheidsondernemingen, van het bouwbedrijf, van vakkundigen en werknemers, is het comité in staat met kennis van zaken advies uit te brengen.

III. De wet van 4 maart 1963 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat en het Koninklijk Besluit tot uitvoering van 14 oktober 1964

18. Het ganse systeem van die wet willen beschrijven ware onbegonnen werk (1). Ook zullen we ons beperken tot de analyse van twee bepalingen en tot de beoordeling van een techniek.

De bepalingen zijn die van de artikelen 8 en 11. Laten we met artikel 8 beginnen : „§ 1. Wanneer de Minister besluit de overeenkomst toe te zeggen moet hij dit, op straffe van schadevergoeding, doen aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend. Voor het bepalen van de laagste inschrijving moet rekening worden gehouden met de aangeboden prijzen en de andere berekenbare gegevens die op zekere wijze de uitgaven zullen vergroten, die het bestuur zal moeten doen, alsook met de eventueel in het bijzonder lastenkohier voorziene technische coëfficiënten.

§ 2. Er kan slechts van § 1 worden afgeweken bij beslissing van de Ministerraad of, in dringende gevallen, van de Eerste-Minister. Deze beslissing kan nochtans door de betrokken Minister genomen worden indien het verschil tussen het bedrag van de regelmatige inschrijving die hij wil kiezen, en dat van de regelmatige laagste inschrijving lager is dan een percentage van het bedrag van deze laatste en tevens lager is dan een som in absolute cijfers, bepaald bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit" (2). Met de voorbereiding van de nieuwe wet was men sinds geruime tijd bezig. Ter zake heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, twee adviezen gegeven. Over zijn eerste advies, gedagtekend 17 oktober 1960, staat in de reeds geciteerde memorie van toelichting bij de wet van

(1) Men raadplege het reeds vermelde werk van de GRAND'RY en FLAMME, *Practische kommentaar bij de reglementering van de overheidsovereenkomsten*, 1965. Voor de doelstelling van de wet verwijzen we naar de *Inleiding* van deze studie.

(2) Krachtens artikel 34, 4de lid van het K.B. van 14 oktober 1964 wordt het percentage op tien ten honderd bepaald en mag de som in absolute cijfers 100.000 frank niet bereiken.

4 maart 1963 te lezen : „Ook de Raad van State, waarvan de arresten ter zake zonder uitwerking blijven, ... stipte aan dat het toen voorgelegde ontwerp geen enkele bepaling bevatte betreffende de geschillenberechting in zake openbare overeenkomsten, ofschoon de organisatie van een behoorlijke berechting de vooronderstelling van een doeltreffende toepassing van de nieuwe voorzieningen is" (1).

Waar lag de oplossing? „Vermelden wij overigens", zo luidt de memorie „dat hij (de Raad van State) er zich toe bepaalde te dien einde te suggereren verkorting van de termijnen voor beroep en procedure en opschorting van de eindbeslissing tot toewijzing van de overeenkomst. Deze oplossing, hoewel theoretisch interessant, is in de praktijk evenwel onmogelijk toe te passen. Zij zou de werking van de administratie lam leggen en de vertragingen, waarvan de openbare mening haar zo dikwijls een verwijt maakt, nog verergeren". De voorkeur van de regering ging dan ook uit naar een andere oplossing : „het wilde ons (de regering) eerder voorkomen dat in feite de door de Raad van State in verband met bewust artikel gemaakte opmerking de oplossing in zich droeg : eens dat de nieuwe tekst een werkelijk burgerlijk — bovendien behoorlijk gesanctioneerd — recht aan de laagste inschrijver verleent, is het duidelijk dat er geen probleem meer bestaat en dat de rechtbanken bijgevolg vonnis kunnen spreken. Daarom heeft de regering toen besloten een meer categorieke tekst voor te stellen, waardoor de rechtbanken in de mogelijkheid zouden zijn, om, wanneer gewettigd, schadeloosstelling te verlenen aan de ten onrechte geweerde inschrijver" (2).

19. Hoe zag de voorgestelde oplossing er uit?

Ten eerste : „Artikel 8 vestigt de regel van toepassing bij de keuze van de inschrijver" — men lette op de beperking die volgt — „in geval van openbare of beperkte aanbesteding. Deze regel is thans vervat in artikel 35 van het K.B. van 5 oktober 1955 tot regeling van de overeenkomsten. Men heeft het noodzakelijk geacht het principe ervan in de wet zelf op te nemen, want de keuze van de inschrijver is een essentiële factor in het onderscheid tussen de procedures voor het sluiten van de overeenkomsten en maakt derhalve deel uit van hun definitie" (3). „... Bedoeld artikel behelst een belangrijk *novum* op juridisch gebied : de tekst verleent aan de laagste inschrijver van een aanbesteding een werkelijk recht op de aanbesteding vanzelfsprekend voor zoveel deze wordt toegewezen. Wat meer is, aan het miskennen van dit recht zijn sancties verbonden" (4).

(1) *Parlem. Besch.*, Senaat, Zitt. 1961-62, nr. 364, blz. 12 en 13.
(2) *Ibid.*, blz. 13.
(3) *Ibid.*, blz. 11.
(4) *Ibid.*, blz. 12.

Ten tweede : „Het thans vigerende criterium van de *laagste* offerte wordt gehandhaafd, want het is eigen aan het systeem van de openbare aanbesteding. Het werd evenwel nuttig geacht het in artikel 35 voorkomende *werkelijk* weg te laten ... het blijkt interessant te vermelden dat er niet alleen, zoals artikel 35 reeds bepaalt, dient rekening gehouden met de berekenbare elementen, ... maar ook met de concrete en zelfs quasi-becijferde beoordelingselementen, die naar voren treden bij de aanbesteding op coëfficienten, welke een bijzondere vorm van openbare aanbesteding is ... Het is een aanbesteding die de technische verdienste paart aan de prijs en bijgevolg geenszins afwijkt van de regel der toewijzing aan de laagste offerte" (1).

Ten derde : „Het automatisme van de keuze, zelfs gemilderd door het begrip *berekenbare elementen* neemt evenwel de noodzakelijkheid niet weg de veiligheidsklep te handhaven, waarvan de ervaring het nut heeft aangetoond en waarin de thans bestaande regel voorziet m.n. de verplichting om op de Ministerraad of, bij dringende noodzaak, op de Eerste-Minister een beroep te doen om van het beginsel van de keuze van de laagste inschrijver af te wijken" (2).

Ten vierde : „De Raad van State, in een tweede op 19 maart 1962 uitgebracht advies, (heeft) de mening vooropgezet dat het ... geenszins noodzakelijk en overigens niet wenselijk is" de geschillen berechting inzake de regelmatigheid van de administratieve handeling te ontwrichten door ze aan twee soorten rechters op te dragen", eensdeels aan de Raad van State om de vernietiging uit te spreken, anderdeels aan de rechtbanken om eventueel schadeloosstelling toe te kennen, des te meer daar" de rechter over de regelmatigheid van de aan het contract voorafgaande verrichtingen, die alle gegevens van het administratief dossier kent, het best geplaatst is om de eventuele vergoedingen te bepalen ingeval de voorgeschreven regels niet in acht mochten zijn genomen". Met andere woorden de Raad van State is van oordeel dat hem ter zake veeleer volle rechtsmacht zou dienen verleend te worden. De Regering heeft zich vooralsnog niet bij deze conclusie kunnen aansluiten. Het komt haar inderdaad voor dat het uitwerken van een bijzondere wetgeving niet de gepaste gelegenheid vormt voor het wijzigen van algemene wetten in zake bevoegdheid en dat het opgeworpen probleem eventueel opnieuw ter studie kan worden genomen naar aanleiding van een herziening van de wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State" (3).

Ten vijfde : „Voor het overige dient beklemtoond dat — in tegenstelling tot hetgeen de Raad van State scheen te menen — het

(1) *Ibid.*, blz. 11.
(2) *Ibid.*, blz. 11.
(3) *Ibid.*, blz. 13. Deze herziening is tot nu toe niet tot stand gekomen. Zie dienaangaande BUCH, H., *o.c.*, blz. 198 e.v.

eventueel toekennen van schadeloosstelling niet kan overwogen worden ten voordele van kandidaat-contractanten, die enkel een virtueel recht op de toewijzing van de overeenkomst zouden hebben; in feite kan geldelijk herstel maar verleend worden aan de inschrijver die, zonder de aangevochten beslissing, onbetwistbaar de gegadigde van de overeenkomst had moeten zijn" (1).

Ten zesde : „Vanzelfsprekend moet de werkelijke draagwijdte van het recht dat aan de onregelmatig geweerde laagste inschrijver toekomt omschreven worden, in deze zin dat dit recht geen afbreuk mag doen aan twee prerogatieven van de administratie : dit om de overeenkomst niet toe te wijzen (artikel 11) en dit om een ingrijpen van hogerhand aan te vragen ten einde de overeenkomst te mogen toewijzen aan een andere dan de laagste inschrijver (zie art. 8, § 2). Dit recht zal overigens niet bestaande worden geacht indien een van beide prerogatieven op regelmatige wijze werd uitgeoefend" (2).

Ten zevende : „De vaststelling op grond van artikel 1382 B.W. van het bedrag der eventueel toe te kennen schadeloosstelling, komt toe aan de burgerlijke rechter" (3).

En ten slotte : „Het is duidelijk dat de ommekeer in de rechtspraak die uit de hierboven afgelijnde *novum* zal voortspruiten, vanwege de als bouwheer optredende administratie en vanwege de afgevaardigde ordonateurs wier geldelijke verantwoordelijkheid in het geding zou kunnen komen een grote omzichtigheid zal vergen bij de toewijzingen van de overeenkomsten. Dit is evenwel volkomen logisch en geenszins overdreven, want de dwalingen op dit gebied zijn steeds zeer nadelig voor de betrokkenen, terwijl de misbruiken steeds tergend zijn" (4).

20. Over artikel 11 zal niet lang moeten uitgeweid worden. In de plaats van het huidig systeem van het strakke dualisme *openbare aanbesteding* of *onderhandse overeenkomst* komt nu te staan wat de Regering een *rijkere gamma van procedures* noemt. Dit blijkt uit hoofdstuk II van de nieuwe wet dat betrekking heeft op de wijzen waarop overeenkomsten worden gesloten. Die procedures zijn nu : de overeenkomsten ingevolge aanbesteding waarbij men twee categoriën, die van de *openbare aanbesteding* en die van de *beperkte aanbesteding* dient te onderscheiden; de overeenkomsten ingevolge offerteaanvraag die *algemeen* of *beperkt* kan zijn, en ten slotte de onderhandse overeenkomsten.

(1) *Ibid.*, blz. 14.
(2) *Ibid.*, blz. 14.
(3) *Ibid.*, blz. 14.
(4) *Ibid.*, blz. 14.

Artikel 11, dat de gemeenschappelijke bepalingen voor de overeenkomsten ingevolge aanbesteding en voor de offerte aanvraag inhoudt, bepaalt dat „het volgen van de procedure van aanbesteding of van offerte aanvraag voor de Minister geen verplichting medebrengt om de overeenkomst toe te wijzen : de Minister kan hetzij afzien van het sluiten van de overeenkomst, hetzij bevel geven om de procedure te herbeginnen, desnoods op een andere wijze. Wanneer de overeenkomst loopt over verschillende loten heeft de Minister het recht er slechts enkele toe te wijzen en eventueel te besluiten dat voor de andere een of meer nieuwe aanbestedingen zullen uitgeschreven worden desnoods op een andere wijze".

Aan de commentaar van de memorie van toelichting ontlenen we nog het volgende : „het (artikel 11) bepaalt dat (artikel 8) aan de laagste inschrijver niet het recht verleent om de overeenkomst toegewezen te zien".

21. Welke conclusie kan men uit die twee bepalingen halen ? (1). Principieel wordt een *recht op een schadeloosstelling* erkend. Het berust op het criterium van de *laagste offerte*, gemilderd door het begrip *berekenbare elementen.*

Dit recht bestaat evenwel enkel met betrekking tot de overeenkomsten ingevolge aanbestedingen. Voor offerte-aanvragen en onderhandse overeenkomsten wordt dit recht niet erkend. Meer bepaald voor de laatste nu, heeft de Raad van State zich ook bevoegd verklaard (2). Van het beginsel van de keuze kan bij dringende noodzaak worden afgeweken.

Het recht bestaat maar voor de geweerde kandidaat die *onbetwistbaar* de gegadigde had moeten zijn. Dit recht is een civiel recht waarvan de kennisneming de gewone rechter behoort. Het vaststellen van het bedrag van de schadeloosstelling ressorteert onder die zelfde rechter. Maar dit recht kan ongedaan worden gemaakt wanneer het Bestuur gebruik maakt van zijn prerogatieven om die overeenkomst niet toe te wijzen of door het ingrijpen van hogerhand tot een andere toewijzing over te gaan.

Werd het *recht* op de aanbesteding dus gehuldigd, dan moet men toch vaststellen dat het door de opeenvolgende beperkingen van zijn toepassing letterlijk inkrimpt.

---

(1) Het overige van de parlementaire handelingen, meer bepaald de openbare bespreking, levert geen nieuwe gegevens. Nochtans werd aandacht besteed aan de keuze onder de verschillende procedures : Senaat, 31 januari 1963, Kamer van Volksvertegenwoordigers, 21 februari 1963.

(2) REMION, *o.c.*, blz. 451 : „Quoique l'on puisse penser au premier abord, le Conseil d'Etat peut intervenir lorsque les marchés sont passés de gré à gré, dans deux hypothèses : lorsque le marché aurait dû être passé après adjudication; lorsque le marché est passé dans certaines conditions dont d'autres candidats co-contractants ont intérêt à soulever l'irrégularité".

22. Maar dat is nog niet alles. Wij komen nu tot de door het Bestuur uitgedachte *techniek* van de overeenkomsten (1).

Het bij artikel 8 ingesteld *recht* ontstaat dus slechts wanneer de overeenkomst bij wege van aanbesteding geschiedt, zij moge *openbaar* of *beperkt* zijn. Nu wijst de memorie van toelichting er op dat er „buiten de uitzonderlijke en duidelijk omschreven gevallen waarin het mogelijk is een onderhandse overeenkomst te sluiten, bij het vertrekpunt een keuze te doen valt tussen de klassieke procedure van de aanbesteding en de procedure van de prijsaanvraag" (2).

Maar „zoals in de meeste landen en bijzonder in de landenleden van de Europese Economische Gemeenschap, behoort het aan de bevoegde Minister de toe te passen procedure te kiezen volgens de aard, de omvang en de dringendheid van de overeenkomst, volgens de mogelijkheden tot selectie van de ondernemers en de leveranciers en volgens de economische omstandigheden van het ogenblik, dit alles zonder dat in strijd met de verdragen, onderscheid mag worden gemaakt volgens de nationaliteit ... In zijn advies heeft de Raad van State aangetekend dat de beperkende omschrijving (van de mogelijkheden waarin respectievelijk ieder der procedures kan aangewend worden) zeer ingewikkeld en moeilijk toe te passen is, terwijl bovendien een soortgelijke opvatting niet ten volle beantwoordt aan het gestelde doel, m.n. de nationale ondernemingen op gelijke voet te stellen met die van de andere landen van de E.E.G. Dit hoge rechtscollege was van oordeel dat algehele gelijkheid alleen kan bestaan indien het bestuur zoals in de overige landen de keuze heeft uit verschillende procédés voor het sluiten van overeenkomsten en dat zonder de verwezenlijking van die hervorming onze wetgeving minder soepel zal blijven dan die van onze partners in de Gemeenschappelijke Markt. De Regering heeft zich eenvoudig aangesloten bij deze zienswijze" (3) (4).

In het verslag dat voor de Senaat werd uitgebracht staat te lezen : „Het is onbetwistbaar dat sinds 1846 de overeenkomsten voor rekening van de Staat een verschillende en ver om zich heengrijpende inhoud hebben gekregen. Ook is het een feit dat de openbaarheid niet de absolute waarborgen biedt die de Staat ervan verwacht had voor een effectieve mededinging... Aldus kent België... het enige regime dat buiten het uitzonderlijk beroep op de onderhandse overeen-

(1) Zie het in de Senaat uitgebracht verslag, *Parlem. Besch.*, Senaat, Zitt. 1962-1963, nr. 80, Uiteenzetting van de Eerste-Minister : „Dit ontwerp, hoewel louter technisch van aard..." (blz. 7).

(2) *Ibid.*, blz. 10.

(3) *Ibid.*, blz. 9 en 10.

(4) Met betrekking tot de vraagstukken gesteld door het bestaan van de Europese Economische Gemeenschap zie : HAINAUT, J. P., et JOLIET, R., *Les contrats de Travaux et de fournitures de l'administration dans le marché commun* (1962 en 1963).

komst slechts één enkele procedure inhoudt die met betrekking tot het toepassingsgebied een bindende kracht heeft" (1).

Maar iedere techniek staat in dienst van een doelstelling (2). Volgens de Regering „is het (strakke) regime nadelig uitgevallen voor onze eigen industrie en werd de Staat door deze strakheid verhinderd een soepele en doelmatige conjuncturele politiek te voeren. Anderzijds bevinden onze bedrijven zich in een uitgesproken minderwaardige positie in het mededingen bij Staatsopdrachten in andere landen, beschikkend over een breed vertakt systeem van menigvuldige procedures" (3).

Voor de commissie was dit alles niet zo duidelijk : „Waar de memorie van toelichting meent dat een meer soepel regime ook een grote invloed hebben zal op de structurele omvorming van onze economie, valt het uw commissie moeilijk deze zienswijze zonder meer te delen. Zeker de *omvang* der aanbestedingen en bestellingen van de Staat heeft invloed op de economische bedrijvigheid en haar structureren. We onderschrijven de noodzaak van meer soepelheid. Deze mag echter geen panacée worden. Ook mag soepelheid als dusdanig niet geïdentificeerd worden met „een goed georganiseerd stelsel van overeenkomsten voor rekening van de Staat". Hiervoor zijn andere kwalificaties nodig. Uw commissie houdt aan de idee dat de overeenkomsten voor rekening van de Staat primair moeten gericht zijn op het verkrijgen van de degelijkste en meest voordelige uitvoering en levering, en niet in de eerste plaats op het voeren van een bepaalde structuurpolitiek" (4).

23. Hoe deze soepelheid werkt blijkt uit de Franse praktijken van aanbestedingen. In dat land werden in 1960 door de openbare besturen 48.296 overeenkomsten gesloten voor een totaal bedrag van 8.577.129.397 N.F. De verdeling valt zo uit (5) :

	Aantal		*Bedrag in N.F.*	
openbare aanbestedingen	359	of 0,74 %	voor 78.086.242	of 0,91 %
beperkte aanbestedingen	2.245	of 4,65 %	voor 214.077.701	of 2,50 %
openbare offerte-aanvraag	6.042	of 12,15 %	voor 833.269.188	of 9,72 %
beperkte offerte-aanvraag	16.782	of 34,75 %	voor 3.025.467.205	of 35,27 %
onderhandse overeenkomsten	22.868	of 47,35 %	voor 4.426.229.061	of 51,60 %

(1) *Parlem. Besch.*, Senaat, Zitt. 1962-63, nr. 80.
(2) *Ibid.*, blz. 7 „Dit ontwerp zal een aanzienlijke economische weerslag hebben die niet anders dan heilzaam kan zijn voor onze industriëen en voor de rationalisatie van de openbare overeenkomsten" (blz. 7).
(3) *Ibid.*, blz. 6.
(4) *Ibid.*, blz. 6.
(5) *Ibid.*, blz. 6.

Het is dan ook begrijpelijk dat het „de Commissie evident lijkt dat het drukken van de openbare aanbestedingen op dit geringe niveau niet in de lijn ligt van de besprekingen die gevoerd worden door de E.E.G. om een Europese markt van de overeenkomsten voor rekening van de Staat tot stand te brengen" (1).

Als slot van een langdurige bespreking, die onder meer over de regeling van het vraagstuk in E.E.G.-verband liep (2), heeft „een lid van de Commissie sprekend uit naam van alle leden..., de aandacht gevestigd op de scherpe manier waarop de *vraag naar het beleid der openbare bestellingen* wordt gesteld door de meer soepele keuze die gelaten wordt aan de verantwoordelijke Ministers. De Staat wordt hier van een passieve een aktieve klant. In plaats van zonder meer aan te nemen wat hem, overeenkomstig het lastenkohier geboden wordt, heeft hij een ruimer keuzerecht gekregen. Opdat die keuze hem nuttig weze is niet enkel een grotere objectiviteit vereist ten overstaan van de feitelijke en mogelijke mededingers, *hij moet tevens zorgen dat hij over de nodige uitrusting en middelen beschikt om zijn objectiviteit* oordeelkundig ten uitvoer te leggen. In een verdere fase zal dit ook gelden voor de openbare besturen en de parastatalen, overeenkomstig de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut (3).

Indien wordt overgegaan tot beperkte offerteaanvragen of in de gevallen van onderhandse overeenkomsten moet de Minister bekwaam zijn zoniet zelf de onderscheidene elementen van de kostprijs op te maken, dan ten minste te kunnen bedingen dat hem inzicht zou gegeven worden in de wijze waarop men tot die prijs gekomen is onder voorlegging van de hiertoe nodige boekhoudkundige gegevens... Eerst wanneer dit geschiedt, kan aan beide zijden sprake zijn van een vertrouwensvolle samenwerking en beschikt de Minister over de elementaire gegevens ter rechtvaardiging van zijn keuze. De Eerste-Minister heeft verklaard dat hij met deze aanbevelingen zou rekening houden en dat bij het uitvoeren van de wet zou uitgezien worden om aangepaste beschikkingen te vinden voor het in praktijk stellen van die voorgebrachte zorg" (4).

---

(1) *Ibid.*, blz. 7.

(2) Het verslag van de Commissie houdt zich hoofdzakelijk met dit vraagstuk bezig.

(3) Meer bepaald art. 7*bis* dat in deze wet werd ingevoegd bij art. 7 van K.B. van 18 december 1957, genomen op grond van de wet van 12 maart 1957, en waaruit volgt dat, tenzij hun statuten anders luiden. die instellingen beroep moeten doen op de mededinging; dat zij principieel bij openbare aanbestedingen, de voor de Staat bedoelde procedure moeten naleven; en dat zij gehouden zijn de voor de Staat geldende contractuele, administratieve en technische bepalingen van het algemeen lastenkohier toe te passen.

(4) Zo leest men in het verslag aan de Koning bij het uitvoeringsbesluit van 14 oktover 1964 (*Belgisch Staatsblad*, 1964, blz. 10979) : „indien de onderhandse procedure voor het bestuur gekenmerkt is door een volledige vrijheid om de overeenkomst te bespreken en toe te wijzen, is dit bestuur er evenwel toe gehouden, al ware het slechts in grote trekken, door halfambtelijke navorsingen en raadplegingen, de aannemers en leveranciers die in aanmerking kunnen komen voor de prestaties die het voorwerp van de overeenkomst vormen, in mededinging te brengen".

24. Van de in de wet neergelegde regels is inmiddels niet afgeweken noch in het K.B. van 14 oktober 1964 betreffende het sluiten van overeenkomsten voor rekening van de Staat (1), noch in het besluit van de Eerste-Minister van de zelfde dag aangaande de administratieve en technische contractuele bepalingen die het algemeen lastenkohier van de overeenkomsten van de Staat uitmaken (2), noch in het Koninklijk besluit van 22 december 1964 betreffende overdrachten van bevoegdheid inzake het sluiten en uitvoeren van overeenkomsten voor rekening van de Staat.

Enkel willen wij wijzen op een passus uit het verslag aan de Koning bij het K.B. van 14 oktober 1964. Na te hebben herinnerd aan de beperkingen die op het recht op schadeloosstelling worden gelegd (3) verklaart het verslag : „een belangrijk *novum* komt tezelfdertijd voor in de schikkingen voor het bepalen van de laagste inschrijver, enerzijds de *technische coëfficiënten* die eventueel in het bijzonder lastenkohier zijn voorzien en anderzijds de *varianten* die door een of andere inschrijver zouden ingediend zijn".

Op deze begrippen wordt commentaar geleverd bij de bespreking van de artikelen 3, 4 en 5 van het Koninklijk besluit. We kunnen ons beperken tot de vaststelling dat deze begrippen, waarbij nog dat van de *suggesties* dient te worden toegevoegd, het vraagstuk van de *laagste offerte* niet vereenvoudigt (4).

25. Betekent dit dat de nieuwe wet werkelijk niets heeft uitgehaald en dat de erkenning van een *recht op schadeloosstelling* ten voordele van de onregelmatig geweerde inschrijver meer schijn dan werkelijkheid inhoudt? Dat ware beslist een overdreven conclusie. De verwerkelijking van de wil van de wetgever berust bij de gewone rechter.

Het ligt buiten het bestek van deze studie de middelen en argumenten te ontleden die bij een dusdanig proces kunnen worden aangevoerd. De aandacht moge nochtans andermaal worden gevestigd op ons betoog in verband met de omkering van de bewijslast. Worden de vastgestelde door de overheid begane onregelmatigheden bij het kiezen van de procedure en bij het toepassen van de terzake geldende regelen in het licht gesteld, dan zal — dit mag althans verhoopt worden — de gewone rechter ertoe komen de bedoeling van de wetgever na te leven en de bepaling van artikel 8, hoe beperkt dan ook, tot werkelijkheid te maken.

---

(1) Die dus in de plaats komt van het K.B. van 5 oktober 1955.

(2) Gewijzigd bij K.B. van 20 december 1965.

(3) *Belgisch Staatsblad*, 1964, blz. 10976; — Zie ook *ibid.*, blz. 10969 : „Wat de overeenkomsten ingevolge offerteaanvraag of de onderhandse overeenkomsten aangaat is het bestuur aan geen enkel automatisme van de inschrijver die de laagste offerte heeft gedaan, gebonden".

(4) Zie over deze vraagstukken het uitgebreid commentaar van de GRAND'RY en FLAMME, §§ 44 tot en met 70, 73, 84, 113, 182 en 250.

26. Hoe staat het intussen met de rechtspraak van de hoven en rechtbanken? Het arrest van het hof van beroep van Brussel van 10 december 1963 brengt geen *novum* (1).

Een nieuw geluid is misschien wel waar te nemen in het vonnis van de rechtbank van Brussel van 17 juli 1964. Wordt geen schadeloosstelling voor de *lucrum cessans* toegekend, het principe ervan wordt evenwel aanvaard voor het verlies van de kans de aanbesteding toegewezen te krijgen (2).

Gelet op de wijze van berekening van die schadeloosstelling mag men zich evenwel afvragen of men niet eerder blijft bij het begrip van de „door het bestuur veroorzaakte kosten voor de studie en het opmaken van onnodige aanbestedingen", zoals het reeds door het besproken arrest-advies Sotec van 11 december 1953 van de Raad van State was toegelicht. Is het zo, dan vergete men niet de bedenking van de GRAND'RY dat het beroep op de gewone rechter niet veel zou uithalen.

Men bedenke ten slotte dat ter zake zeven jaar verlopen zijn tussen de onregelmatige aanbesteding en het vonnis van de rechtbank.

27. Al houdt het niet rechtstreeks verband met onze materie, toch willen we nog de aandacht vestigen op een recent arrest van het hof van cassatie waarvan reeds gewag werd gemaakt, en meer bepaald

(1) In zake N.V. Georges Dautrebande t/ de Belgische Staat, *J.T.*, 1964, 147. „Attendu que l'appelante reste donc en défaut d'administrer la preuve qu'elle eut été déclarée adjudicataire et qu'à défaut de cette preuve, aucun lien de causalité n'apparaît entre la faute de l'intimé et le préjudice dont l'appelante demande la réparation... que si une adjudication a été faite irrégulièrement, elle est sujette à annulation et qu'il y a lieu éventuellement à une nouvelle adjudication devant laquelle les soumissionnaires restés en compétition se retrouveront dans la même situation que précédemment et sans que celui qui a fait l'offre au prix le plus bas ait plus de droit à l'obtention du marché".

(2) *La Construction*, 28 augustus 1965, blz. 8 en 9 : „Attendu qu'il est constant que l'Etat belge (en adjugeant les travaux à l'association momentanée X-Y) a commis une faute; que l'arrêté (d'adjudication) ... a été annulé par le Conseil d'Etat le 7 octobre 1960 pour défaut de motivation; ... que le préjudice tel qu'il est motivé en ordre principal par la demanderesse consiste dans la perte du profit net qu'elle aurait réalisé si elle avait été déclaré adjudicataire... que la demanderesse avait sans doute fait l'offre régulière la plus basse mais que cette circonstance ni en droit ni en fait ne la rendait, à défaut de la faute, nécessairement adjudicataire; ... qu'une indemnité compensant un dommage cons istant dans la perte du profit qu'aurait procuré l'adjudication manquée n'est en conséquence pas due;

Attendu qu'aucun principe général ne s'oppose à la possibilité de réparation d'un dommage consistant dans la perte d'une chance : que la demanderesse avait incontestablement lors de la soumission une certaine chance d'être déclarée adjudicataire; ... qu'elle a perdu définitivement cette chance uniquement par la faute de l'Etat défendeur, soit l'adjudication à un tiers non légalement qualifié; ... que cette perte résulte de la lésion d'un droit; qu'il y aurait donc lieu tout d'abord de rechercher au moins approximativement le montant des frais généraux et des frais spéciaux et des débours qu'à supporté la demanderesse pour la soumission litigieuse; que le résultat de cette recherche donnera une indication sur l'importance qu'attribuait la demanderesse à la chance dont elle a été injustement privée";

op de conclusies van eerste-advocaat-generaal Ganshof van der Meersch (1).

Betekent dit meteen dat de hoven en rechtbanken ook in zake schadeloosstelling ten laste van de bestuursoverheid naar aanleiding van aanbestedingen doeltreffend zullen optreden?

Slotbeschouwing

28. Maar daar ligt juist het knelpunt van ons onderwerp : over welke *doeltreffendheid* heeft men het eigenlijk?

Met het schadeloosstellen ten laste van de overheid, naar aanleiding van de voor rekening van de staat gesloten overeenkomsten, kan het doel worden beoogd, waarop Vauthier wees : de overheid ertoe brengen de wettelijkheid, niet alleen uiterlijk naar de vorm, maar ook innerlijk naar de inhoud te eerbiedigen wanneer zij de medecontractant kiest. Is het zo dan heeft men de organisatie, de functie en de werking van het bestuur voor ogen, en valt meteen de klemtoon op de administratieve fase, het publiekrecht en de administratieve rechter. Gaat de belangstelling eerder uit naar het goedmaken van de aan een particulier berokkende schade, dan treden de contractuele fase, het privaatrecht en de gewone rechter op de voorgrond.

Kiest men een van beide stellingen bij uitsluiting van de andere, dan komt men nergens. Hoe paradoxaal het ook moge lijken : noch een behoorlijk bestuur, noch een aangepaste rechtsbescherming worden daardoor verwerkelijkt. Geen andere oplossing is in ons rechtssysteem denkbaar dan die van de synthese, van het behoorlijk verband tussen de twee bestanddelen van de aanbesteding : de be-

(1) 16 december 1965, *J.T.*, 1966, 319; „attendu qu'une contestation qui a pour objet la réparation pécuniaire de la lésion d'un droit, fût-il politique, relève de la compétence exclusive des tribunaux; que ni l'appréciation de la faute ni celle du préjudice causé par celle-ci n'échappent à la compétence du pouvoir judiciaire au cas où la lésion du droit vanté pourrait trouver sa source dans l'excès de pouvoir d'une autorité administrative et donner lieu à l'annulation de l'acte accompli par cette autorité si une requête à cette fin était introduite devant le Conseil d'Etat".

In de conclusies van eerste-advocaat-generaal GANSHOF VAN DER MEERSCH (*J.T.*, 1966, 318) wordt volgende vraag beantwoord : „Quel est le devoir du tribunal lorsqu'il *n'a pas été introduit de recours* devant le Conseil d'Etat mais que la faute invoquée comme base de l'action en dommages-intérêts s'identifie avec un acte dont en principe l'annulation *peut être demandée* au Conseil d'Etat. La question que pose le pourvoi est, on l'a dit, celle de savoir si le pouvoir judiciaire empièterait sur les attributions que la loi a conférées au Conseil d'Etat, en se prononcant sur pareille demande... La demande en dommages-intérêts ne saurait juridiquement porter atteinte à l'existance de l'acte discuté. Cet acte subsiste. Son annulation relève exclusivement de la compétence du Conseil d'Etat... (Mais) l'adjudicataire de travaux publics évincé est-il tenu de poursuivre l'annulation de l'acte d'adjudication plutôt que d'exiger des dommages-intérêts? Ou doit-il obtenir l'annulation de l'acte avant d'être autorisé à demander la réparation pécuniaire du préjudice qui lui a été causé? On chercherait en vain le fondement légal d'une question préjudicielle à l'action en indemnité"...

moeiing van de Staat en de bedrijvigheid van de private ondernemingen, zoals zij juridisch bekeken uitgedrukt worden door het onderscheid tussen de administratieve en de contractuele fase, door de theorie van de afsplitsbare akten, of ook nog door de afbakening van de rechterlijke bevoegdheden.

Maar hoe kan het verband behoorlijk gelegd worden? Economisch uitgedrukt zal er sprake zijn van de *gemengde* of de *geconcentreerde* economie. Of deze economische begrippen rekenschap geven van de sociale werkelijkheid, of zij een oplossing voor de confrontatie van de bestanddelen biedt, is een vraag die we liefst in het midden laten (1).

Wat onze aandacht gaande houdt is die bepaalde aansprakelijkheid van de Staat, een rechtsbegrip dat ongeacht zijne gronden evenals ieder rechtsbegrip *in se* dient te worden omschreven. Maar allereerst willen we er op wijzen dat alleszins het herstel van de wettigheid moet worden beoogd.

Voor bepaalde auteurs is de *klinkende munt* die de Staat aan de onrechtmatig geweerde candidaat te storten zal hebben, een uiting van de gerechtigheidsidee. Zij onderstrepen dan ook graag de leemten en het gebrek aan efficientie van de rechtspraak van de Raad van State, omdat zij de onregelmatig gesloten overeenkomst onaangeroerd laat. Men vergete echter niet dat het vraagstuk, dat hun zo nauw aan 't hart ligt, eerst in een duidelijk licht staat sinds de Raad van State stap voor stap de onrechtmatige bestuursdaden aan de kaak heeft gesteld en door de uitgesproken vernietigingen iedere poging tot ontwijking van het vraagstuk ongedaan heeft gemaakt.

Dat men daarbij niet kan blijven stilstaan is reeds bewezen. Doch geen enkel van de vooropgestelde oplossingen heeft het tot nu toe kunnen halen.

De uitsluitende kennisneming van dergelijke geschillen door de hoven en rechtbanken is ontoereikend gebleken : op de door de constructie van de afsplitsbare akten en de daaruit ontstane toebedeling van bevoegdheid wil niemand terugkomen (2).

Het voorstel een *spoedprocedure* bij de Raad van State in te stellen, zodat het Bestuur met het sluiten van de overeenkomst redelijk kan wachten totdat over de regelmatigheid van de administratieve procedure uitspraak wordt gedaan, bleef zonder gevolg, evenals het voorstel om aan de Raad van State de volle rechtsmacht te verlenen voor de voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten.

(1) Zie FLAMME, *La nouvelle réglementation des marchés de l'Etat, J.T.*, 1964, 694, noot 113 : „Comme l'entrepreneur ou le fournisseur sont de plus en plus considérés comme les indispensables *collaborateurs du service public...*" ; — zie ook *Les Entrepreneurs face à l'Etat, Rev. Int. Sc. adm*, 1961, blz. 23 e.v.

(2) FLAMME, *o.c.*, blz. 649, nr. 48 : „La compétence du Conseil d'Etat n'est ni exclue ni inutile". Deze beoordeling verdient des te meer aandacht daar FLAMME herhaaldelijk de inefficientie van de rechtspraak van de Raad van State heeft aangeklaagd.

Het Hof van Cassatie blijft bij zijn rechtspraak met betrekking tot het civielrechtelijk karakter van een zodanige schadeloosstelling, die het sinds het ontstaan van de Raad van State heeft vastgelegd (1).

Er bleef dus geen andere oplossing over dan aan de rechter de bevoegdheid te verlenen te beslissen over de eis tot schadeloosstelling van de onrechtmatig geweerde inschrijver. Dit heeft de wet van 1963 dan ook gedaan. Maar daarmee werd het vraagstuk én in rechte én in feite behendig omzeild.

29. Het vraagstuk werd in rechte omzeild, want is een *recht* op schadeloosstelling denkbaar indien er geen recht op het verkrijgen van de overeenkomst bestaat? Dat een zodanig recht niet bestaat is duidelijk (2). En hoe eigenaardig is niet het recht dat ongedaan kan worden gemaakt door degene zelf die de gevolgen van de schending ervan zou dienen te dragen : laat het Bestuur gebruik maken van zijn privilegies en het recht bestaat niet meer. Daarom zegt de memorie van toelichting trouwens ook zeer openhartig dat artikel 11 bepaalt dat artikel 8 aan de laagste inschrijver niet het recht verleent om de overeenkomst toegewezen te zien.

Met goed gevolg kan slechts *die* geweerde inschrijver schadeloosstelling vragen, die „zonder de aangevochten beslissing onbetwistbaar de gegadigde van de overeenkomst had moeten zijn". Waaruit zal voor de rechter, uitzonderlijke gevallen zoals de zaak Colimpex ter zijde gelaten (3), die *onbetwistbaarheid* blijken? Er zij aan herinnerd dat daar juist een struikelblok ligt. Arresten waarbij de fout van het Bestuur werd vastgelegd heeft de Raad van State in overvloed gewezen. Maar, en dit is kenschetsend : tot de gevolgtrekking dat de geweerde inschrijver het *had* moeten halen, is men nooit kunnen komen. En zolang men bij de civilistische opvatting van artikel 1382 B.W. blijven zal, zal ook geen wijziging in de toestand komen.

En *quid* indien meer dan één inschrijver werd geweerd?

---

(1) Zie de twee arresten van het hof van cassatie van 27 november 1952, *Arr. Verbr.*, 1953, blz. 164 e.v., waarbij twee arresten van de Raad van State werden verbroken, het ene met betrekking tot de schorsing van de betaling van het pensioen van een gewezen gemeentelijke onderwijzer (zaak Belgische Staat t/ Verstele) het tweede met betrekking tot een onjuiste toepassing van de regels betreffende de haardtoelage voor een ambtenaar van de Nationale maatschappij van Belgische Spoorwegen (zaak N.M.B.S. t/ Vrindts). De verbreking steunt hierop dat het in beide gevallen om een burgerlijk recht ging waarvan de kennisneming tot het justicieel gerecht behoort.

(2) FLAMME, *o.c.*, blz. 649 : „Il ne restait alors que la solution indemnitaire d'une répartition pécuniaire et c'est elle que la nouvelle loi a retenu, en insérant à l'article 8 les mots *sous peine de dommages-intérêts* dont l'innovation consiste non pas à reconnaître en faveur du soumissionnaire le plus bas dans une adjudication — publique ou restreinte — un véritable droit à l'obtention du marché, mais à consacrer un *devoir pour l'Administration d'adjuger le marché à ce soumissionnaire*, devoir dont l'inobservation ouvrira au soumissionnaire évincé une action en réparation du préjudice qui a pu en résulter".

(3) Aan de geweerde inschrijver werd in deze zaak door het Ministerie geschreven „Je déplore cet incident (de onregelmatigheid) qui vous a privé d'une commande"; zie FLAMME (*o.c.*, blz. 649) met betrekking tot deze zaak : „Le cas idéal... rarissime; cette superbe hypothèse d'école ne se renouvellera guère — on le devine".

De bedoeling van het nieuw artikel — men denke aan het laatst vermeld arrest van het hof van cassatie — is ongetwijfeld de slachtoffers van de onrechtmatige bestuursdaad schadeloos te stellen, zonder dat zij noodgedwongen eerst het geschil bij de Raad van State aanhangig moeten maken. Bij de vaststelling van de *laagste offerte* dient niet allen de regelmatigheid van de gedane inschrijving te worden onderzocht — d.i. het onderzoek naar het naleven van de vormen in zake openbaarheid en raadpleging —; er dient ook rekening te worden gehouden met de *berekenbare elementen* en de *technische coëfficiënten*, met *het conform karakter*, met de mogelijke *varianten* en de gedane *suggesties*, en ook nog met het wijzigen van het lastenkohier. Als hij echter acht slaat op die technische vraagstukken, hoe zal de rechter dan met zekerheid bepalen, wie onder de onrechtmatig geweerde inschrijvers *onbetwistbaar* de gegadigde had moeten zijn?

Nu is die schadeloosstelling nog beperkt tot het geval waarin het Bestuur, dat vrij zijn keuze doet, uit de procedures, die van de aanbesteding kiest. Voor de overige procedures heeft artikel 8 geen gelding.

30. En zo komen we tot het feitelijk aspect. Wordt de in Frankrijk — en klaarblijkelijk ook elders gebezigde methode — overgenomen, met andere woorden gaat de voorkeur van het Bestuur naar de procedure van de offerte-aanvraag en naar die van de onderhandse overeenkomsten, — en dit ligt in 't verschiet zoals uit het parlementaire debat blijkt —, dan zou dat betekenen dat naar aantal en naar waarde op 95 % van de overeenkomsten geen toepassing van artikel 8 van de nieuwe wet zou kunnen worden gemaakt.

Of het nieuwe systeem van schadeloosstelling een oplossing biedt is dan ook zeer de vraag. Men bedenke tenslotte dat niet duidelijk bepaald werd welke schade goedgemaakt zou worden : de schade ontstaan uit gemaakte kosten, of de schade wegens het verlies van de kans op aanbesteding, of uiteindelijk het *lucrum cessans*? (1).

Het wil ons voorkomen dat, met betrekking tot ons vraagstuk, de nieuwe wet geen grote stap vooruit is (2). Ontegensprekelijk is

(1) FLAMME, *o.c.*, blz. 649, spreekt van „le préjudice qui a pu en résulter et qui comprendra, le cas échéant non seulement toutes les dépenses engagées en vain mais également le bénéfice manqué". Om zijn standpunt te staven verwijst FLAMME naar het advies van de Raad van State waarin staat te lezen (*Memorie van toelichting*, blz. 44) : (Het) is echter niet juist zoals de memorie van toelichting het voorhoudt dat artikel 8 aan de laagste inschrijver van een aanbesteding een werkelijk recht op de aanbesteding verleent. Wat die tekst eigenlijk doet... is alleen de administratie tot plicht te stellen de overeenkomst aan die inschrijver te gunnen. Wordt die plicht niet nageleefd dan kan de geweerde inschrijver een vergoeding vorderen voor de berokkende schade, dat is eventueel niet alleen alle uitgaven van de inschrijver, maar ook zijn winstderving". Er dient nochtans opgemerkt te worden dat deze stelling betreffende de winstderving bij de parlementaire handeling niet schijnt bijgetreden te zijn geweest.

(2) Waar FLAMME zijn voldoening uitspreekt over de nieuwe wet (*ibid.*, blz. 665, nr. 68 en noot 223) maakt hij toch voorbehoud voor twee punten die ons juist aanbelangen :

een *novum* tot stand gekomen dat tot de oplossing van ons vraagstuk kan bijdragen. Maar er schuilen toch gevaren in. De nieuwe wet kan zelfs een stap achteruit zijn waar zij, of men het gewild heeft of niet, de constructie van de afsplitsbare akten uitholt en meteen de bevoegdheid van de Raad van State kan aftakelen (1). Waar vóór de instelling van dat hoge rechtscollege, de hoven en rechtbanken er niet in geslaagd waren het goed recht van de onrechtmatig geweerde inschrijver te doen eerbiedigen, toen het — technisch gesproken — nog gemakkelijk was vast te stellen wie de laagste offerte had gedaan, hoe zullen zij de doolhof van de technische vraagstukken bewandelen en het ingewikkeld organiek raderwerk controleren? Te meer daar zij geenszins geneigd zijn, waar het om het Staatsbeleid gaat, af te wijken van hun civilistische gezichtshoek — meer bepaald van het allerheiligste principe van het causaliteitsverband zoals het in artikel 1382 B.W. is neergelegd.

Een particulier kan het misschien hoopvol stemmen dat nu eindelijk de schadevergoeding in 't verschiet ligt. Hij vergete echter niet dat de verklaring dat de „geldelijke verantwoordelijkheid van de optredende administraties en van de afgevaardigde ordonnateurs in het gedrang zou kunnen komen tengevolge van de nieuwe wet", in de grond een mes is dat aan beide zijden snijdt. Dat het Bestuur zich nog meer dan voorheen zal weren en ook niet bepaald ongewapend is, spreekt van zelf.

31. En zo komen we tot de slotbevindingen.

Waar de jurist uiteindelijk eerst mee begaan moet zijn, is de samenhang van rechtszekerheid en wettigheid. Daarvoor moet een rechter instaan die met kennis van zaken de aan het geschil ten grondslag liggende feiten en rechtsbetrekkingen kan beoordelen (2). Van het standpunt van de inschrijver uit, is het organiseren van een gezonde mededinging hoofdzaak. Ook het staatsbelang is er door gediend.

„Sauf sur deux points d'importance il est vrai... le regrettable démembrement du contentieux des marchés publics et la place insuffisante laissée au contrôle juridictionnel en cas d'appel d'offres".

(1) Zie FLAMME, *o.c.*, blz. 649, die verwijst naar het advies van de Raad van State (*Memorie van toelichting*, blz. 44) : „... Het geding voor de Raad van State inzake overeenkomsten bij aanbesteding zal dus meer dan ooit zuiver theoretisch blijven of nog slechts een vaak dienstige maar niet verplichte, aan de vordering tot schadeloosstelling voorafgaande proceduur zijn. Geschillen in zake overeenkomsten bij aanbesteding worden dan geschillen in zake schadeloosstelling, welke aan hoven en rechtbanken ter kennisneming staan; ... gedingen waarbij ... de regelmatigheid van administratieve aanbestedingsverrichtingen wordt betwist. De vernietiging van de onregelmatige „acte détachable" in feite van de hand wijzen om alleen de geweerde laagste inschrijver schadeloos te stellen, is een oplossing die juridisch niet voldoet en overigens de geldkist bezwaart".

(2) Men denke aan de verrijkende onderzoeksmaatregelen waarvan de Raad van State, krachtens Hoofdstuk III van de wet van 23 december 1946 ten overstaan van de overheid kan gebruik maken, en het ook doet.

Maar een andere bevinding verdient onze aandacht. Dat de rol van de Staat inzake de economische expansie in 't algemeen zich meer bepaald door middel van de voor zijn rekening gesloten overeenkomsten heeft geïntensifieerd en gediversifieerd, staat vast. De verantwoordelijkheid van de Staat, meer bepaald van het Bestuur, kleingeestig opvatten leidt slechts in een straatje zonder einde. Het Staatsapparaat is te gelijkertijd omvangrijk en log geworden. Mogen we, buiten het eigenlijk bestuursapparaat, herinneren aan de talrijke geciteerde instellingen, comite's, commissies en raden allerhande, die bij die overeenkomsten zijn betrokken — en daarbij zijn ze zeker niet alle vernoemd (1). Tegen zulk apparaat is de enkeling niet opgewassen; maar met de gelatenheid van de burger is de openbare zaak geenszins gediend. Andersom kan de groepering van de individuele belangen een machtig wapen worden; men vreze nochtans het ontstaan van groeperingen die over grote middelen beschikken en technisch voortreffelijk onderlegd zijn wanneer zij, niet door verantwoordelijkheid gebonden, druk gaan uitoefenen op een Bestuur dat zich dan op zijn beurt in een staat van ondergeschiktheid bevindt.

Een goed georganiseerde regeling en aanwending van het bestuursapparaat, zowel het eigenlijke als het *para-apparaat* dat te zijner beschikking staat, is derhalve een vereiste voor het sluiten van regelmatige overeenkomsten (2). Over de regelmatige werking van dit raderwerk moet ook de rechter kunnen oordelen.

Waar de economische expansie onvermijdelijk over programmatie heen naar planificatie leidt, dient ieder geschil met betrekking tot voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten geïntegreerd te worden in het complex geheel van alle overeenkomsten van dat soort. Per slot van rekening is iedere overeenkomst slechts én een toepassing én een factor van het economisch Staatsbeleid.

Wie dienaangaande uitspraak moet doen zal in de rechtsformule van artikel 1382 B.W. geen wegwijzer vinden, wel in de regel van artikel 7, § 1 van de wet van 23 december 1946 : „uitspraak doen naar billijkheid, rekening houdende met de omstandigheden van openbaar en privaat belang".

Het geschil kan niet buiten het algemeen systeem van onze rechtsbedeling worden geplaatst. Bepaalde nieuwe begrippen, zoals het begrip *quasi-contracten* kunnen de belangstelling gaande houden : aan de grond van ons rechtsysteem kunnen ze niets veranderen. Maar dat dit systeem niet onbeweeglijk is, daarvan getuigt onder meer het instellen van een Raad van State.

(1) Zo bv. de comité's voor aankoop van onroerende goederen.
(2) Zie dienaangaande : FLAMME, *o.c.*, blz. 665, nr. 68.

32. Bij wijze van conclusie kan dan ook het volgende onderstreept worden.

1. De tijd is voorbij dat de Staat zich enkel onder de gedaante van het *imperium* voordeed. Al heeft hij dit gezag behouden, toch groeit zijn tweede bevoegdheid, die van het Beheer, hoe langer hoe meer in omvang en verscheidenheid.

Het vraagstuk van de schadeloosstelling ten laste van de bestuursoverheid naar aanleiding van de voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten ressorteert dan ook onder de categorie Staatsbeleid. Een oplossing van dit vraagstuk is niet denkbaar, zo zij niet in functie van de trouwens evoluerende opvatting in zake verantwoordelijkheid van de Staat wordt gedacht.

2. Een Bestuur dat niet over zijn eigen middelen beschikt om zijn eigen doelstellingen te bereiken, is niet zo vrij in zijn bewegingen. Het is dan ook noodzakelijk, in de volle mate van het mogelijke, zijn zin voor verantwoordelijkheid aan te wakkeren.

3. Beroeps- of vakorganisaties dienen in te zien dat de particuliere belangen geenszins behartigd of gediend zijn indien geen begrip bestaat voor het algemeen belang, de eisen van het Staatsbeleid en de werking van het Bestuur.

4. De hoven en rechtbanken zullen over de geschillen uitspraak moeten doen. De vraag is of zij zich zullen weten los te maken van de op dit gebied tot dusver gehuldigde toepassing van artikel 1382 B.W. Zonder daarom de algemene en gevestigde beginselen inzake aansprakelijkheid prijs te geven kunnen ze, door een wel opgevatte uitlegging van de nieuwe wet, nieuwe regels vastleggen die als grondslag zullen dienen voor een vernieuwd inzicht in de regeling van de aansprakelijkheid van de Staat.

Door het Bestuur op zijn verantwoordelijkheid te wijzen kan de rechter bijdragen tot het bevorderen van een behoorlijk bestuur. Men mag hopen dat de rechtbanken de hun door de wetgever toebedeelde bevoegdheid met de vereiste krachtdadigheid zullen weten uit te oefenen. Gaat die hoop niet in vervulling, dan zal het vraagstuk van de volle rechtsmacht van de Raad van State wel aan de orde komen.

5. Maar men moet zich, hoe dan ook, hoeden voor iedere aftakeling — in rechte of in feite — van de bevoegdheid van de Raad van State. De vernietiging van de onrechtmatige bestuursdaad blijft de hoeksteen van de regelmatige toewijzing van de voor rekening van de Staat gesloten overeenkomsten.

SOMMAIRE

LES DOMMAGES ET INTÉRÊTS À CHARGE DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE À LA SUITE DES MARCHÉS PASSÉS AU NOM DE L'ÉTAT

Le problème des dommages et intérêts à charge de l'autorité administrative à la suite des marchés passés au nom de l'Etat est étudié ici dans le cadre de l'innovation juridique issue de la loi du 4 mars 1963, à savoir le *droit* à indemnité qui y est reconnu au soumissionnaire écarté d'une manière illicite par l'Administration lors d'une adjudication.

Si le législateur a dû intervenir, c'est parce qu'en dépit des pouvoirs très étendus qui leur ont été conférés par la Constitution, les cours et tribunaux n'ont pas réussi à agir avec suffisamment de vigueur dans ce domaine contre le puissant appareil étatique, ni à réprimer certains abus administratifs, pas plus qu'à indemniser la victime de pareilles manœuvres.

Par le recours à la notion des *actes détachables*, le Conseil d'Etat institué par la loi du 23 décembre 1946 a sensiblement fait progresser le problème en annulant les attributions irrégulières de travaux, de fournitures et de transports au nom de l'Etat, lorsqu'elles ne respectaient pas la législation ou les principes établis.

Tourefois, même après l'élaboration de la jurisprudence du Conseil d'Etat, les cours et tribunaux en sont restés à une stricte application de l'article 1382 C.c. Comme il paraissait impossible d'établir, entre l'acte fautif de l'Administration et les dommages causés au soumissionaire écarté d'une manière illicite, le lien de causalité exigé par cette disposition du Code civil, aucune indemnité n'a été accordée par le pouvoir judiciaire, et les arrêts d'annulation du Conseil d'Etat sont restés sans conséquence pratique, du moins en ce qui concerne, tant l'exécution des marchés passés avec le co-contractant choisi, ces marchés demeurant intacts, que l'indemnisation du soumissionnaire lésé, cette indemnisation n'étant pas réalisée.

C'est à cette difficulté qu'a entendu parer la loi du 4 mars 1963. L'analyse démontre cependant que son champ d'application est très limité. En outre, il reste encore à voir quelle interprétation les juridictions ordinaires donneront à cette loi récente.

De toute manière, on ne peut perdre de vue que le problème n'est pas de nature purement civile, mais qu'il touche directement la gestion de l'Etat et se répercute sur l'action de l'Administration.

Nous voudrions dégager les conclusions suivantes :

I. Les temps sont révolus où l'Etat se manifestait uniquement sous la forme de l'Imperium. S'il a conservé cette autorité, il n'en est pas moins vrai que son second attribut, celui de l'administration, présente une ampleur et une diversité croissantes.

Le problème des dommages et intérêts à charge de l'autorité administrative à la suite des marchés passés au nom de l'Etat ressortit dès lors à la gestion de l'Etat. Pour le présent problème, il n'est donc pas possible de concevoir une solution qui ne soit pas fonction des conceptions, au demeurant évolutives, en matière de responsabilité de l'Etat.

II. Une Administration qui ne dispose pas de ses moyens propres pour réaliser ses objectifs propres, n'est pas suffisamment libre de ses mouvements.

Il est dès lors recommandable de développer dans toute la mesure du possible son sens des responsabilités.

III. Les organisations professionnelles ou syndicales doivent prendre conscience du fait que la défense ou le service des intérêts particuliers supposent qu'il soit tenu compte de l'intérêt général, des exigences de la gestion de l'Etat et du fonctionnement de l'Administration.

IV. Les cours et tribunaux devront se prononcer sur les litiges. A cet égard, il s'agit de savoir s'ils parviendront à se détacher de l'application, de l'article 1382 C.c., préconisée jusqu'à présent dans ce domaine. Sans pour autant abandonner les principes généraux établis en matière de responsabilité civile, ils peuvent, par une interprétation judicieuse de la nouvelle loi, fixer des règles nouvelles qui serviront de fondement à une conception renouvelée du régime de la responsabilité de l'Etat.

En attirant l'attention de l'Administration sur sa responsabilité, le juge peut contribuer à promouvoir une bonne gestion de l'Etat. Espérons que les tribunaux sauront exercer avec la vigueur requise la compétence qui leur a été attribuée par le législateur. Si cet espoir ne se réalise pas, le problème de la pleine juridiction du Conseil d'Etat viendra certainement à l'ordre du jour.

V. En tout état de cause cependant, gardons-nous de tout affaiblissement — en droit ou en fait — de la compétence du Conseil d'Etat. L'annulation de l'acte administratif illicite demeure la pierre angulaire de l'attribution régulière des marchés passés au nom de l'Etat.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Entschädigung zu lasten der verwaltungsbehörde anlässlich der für rechnung des staates geschlossenen vertärge

Das Problem der Entschädigung zu Lasten der Verwaltungsbehörde anlässlich der für Rechnung des Staates geschlossenen Verträge wird untersucht im Rahmen des beim Gesetz des 4. März 1963 entstandenen juridischen Novum, nämlich das Recht auf Schadenersatz den anerkannt wird für den von der Verwaltung unrechtmässig abgewiesenen Submittenten bei Submissionen.

Berief man sich auf den Gesetzgeber, so tat man dies, weill die Gerichte trotz der sehr ausgebreiteten Mächte die das Grundgesetz ihnen verleiht hat nicht dazu imstande waren endgültig gegen den mächtigen Verwaltungsapparat einzuschreiten, und dann auch bestimmte administrative Missbräuche zu zügeln, ebensowenig wie das Opfer solcher Manöver zu entschädigen.

Der *Conseil d'Etat*, der beim Gesetz des 23. Dezembers 1946 eingesetzt wurde, hat durch den Gebrauch des Systems der abzweigbaren Rechtsgeschäfte (*actes détachables*) das Problem einen merklichen Fortgang machen lassen durch unregelmässige Zuerkennungen von Arbeiten, Lieferungen und Transporte für Rechnung des Staates zu vernichten falls sie der Gesetzgebung oder den festgesetzten Prinzipien nicht nachkamen.

Dennoch sind, auch nach dem Entstehen der Rechtsprechung dieses Hohen Richterkollegium, die Gerichtshöfe bei einer strikten Anwendung des Artikels 1382 des *Code Civil* geblieben. Da es sich nicht möglich zeigte den durch diese Bestimmung erforderten Kausalitätszusammenhang zu legen zwischen der

gezetzwidrigen Handlung der Verwaltung und dem unregelmässig agbewiesenen Submittenten zugefügten Schaden, ist kein Schadenersatz von der richterlichen Gewalt zuerkannt gewesen und sind die Vernichtungsbeschlüsse des *Conseil d'Etat* ohne praktischen Erfolg geblieben, jedenfalls was sowohl die Ausführung der mit dem gewählten Mitvertragsschliessenden getroffenen Verträge, die unberührt bleiben, wie die Entschädigung des Benachteilten, die ausgeblieben ist, betrifft.

Dieser Schwierigkeit hat das Gesetz des 4. März 1963 zuvorkommen wollen. Dennoch zeigt die Analyse dass ihr Anwendungsgebiet sehr beschränkt ist. Dabei weiss man noch nicht welche Erklärung die Gerichte diesem rezenten Gesetz geben werden.

In jeder Hinsicht darf nicht aus den Augen verloren werden dass das Problem nicht nur Zivilistischer Art ist und dasz es unmittelbar die Staatsverwaltung berührt und auf die Wirkung der Verwaltung einen Einfluss ausübt.

Wir möchten wie folgt konkludieren :

I. Die Zeit is vorbei da der Staat sich nur in der Gestalt eines Imperiums zeigte. Hat er die Gewalt behalten, doch wächst die zweite Eigenschaft, die der Verwaltung, immer mehr in Umfang und Mannigfaltigkeit aus. Das Problem der Entschädigung zu Lasten der Verwaltungsbehörde anlässlich der für Rechnung des Staates geschlossenen Verträge, gehört dann auch zur Kategorie der Staatsklugheit. Keine Lösung unseres Problems ist also erdenklich die nicht in Funktion der ja sich entwicklenden Auffassung in Sachen der Haftung des Staates gedacht wird.

II. Eine Verwaltung die nicht über eigene Mittel verfügt um die eigene Zielsetzungen zu erreichen, bewegt sich nicht so frei.

III. Berufs- oder Fachorganisationen müssen begreifen dass die Privatinteressen keineswegs wahrgenommen oder gedient sind falls der Begriff für das Allgemeininteresse und für die Forderungen der Staatsklugheit und die Wirkung der Verwaltung fehlt.

IV. Die Gerichtshöfe werden in den Streitpünkten entscheiden müssen. Die Frage ist ob sie sich werden lossagen können von der auf diesem Gebiet bis jetzt gehuldigten Auffassung des Artikels 1382 des *Code Civil*. Ohne darum auf die allgemeine und festbegründete Prinzipien der Haftung zu verzichten, können sie durch eine wohl aufgefasste Deutung des neuen Gesetzes, neue Regel festlegen, die als Basis dienen werden für eine erneute Einsicht in die Regelung der Staatshaftung.

Durch die Verwaltung auf ihre Haftung aufmerksam zu machen, kann der Richter zum Befördern einer gehörigen Verwaltung beitragen. Hoffen wir dass die Gerichtshöfe die ihnen von dem Gesetzgeber zugewiesenen Befugnis mit der erwünschten Energie werden ausüben können. Erfüllt sich diese Hoffnung nicht, dann wird das Problem der vollen Gerichtsbefugnis des *Conseil d'Etat* an die Tagesordnung kommen.

V. Aber, wie dem auch sei, hüten wir uns für jeden Verfall — *de iure* oder *de facto* — der Befugnis des *Conseil d'Etat*. Die Vernichtung der unrechtmässigen Verwaltungshandlung bleibt der Eckstein der gesetzmässigen Zuweisung der für Rechnung des Staates geschlossenen Verträge.

SUMMARY

THE AWARD OF DAMAGES IN CONNECTION WITH STATE CONTRACTS

The problem of awarding damages concerning state contracts is here studied in relation to an innovation introduced by a law of March 4, 1963, *i.e.* the *right* to damages of someone whose tender has been unjustly refused by the administrative authorities. This innovation had to be introduced by legislation because the law courts, in spite of the extensive powers attributed to them by the constitution, had proved unable, in the face of powerful administration, to repress certain abuses efficiently and to provide compensation for the victims of certain manoeuvres.

By using the concept of *actes détachables* (severable acts) the *Conseil d'Etat*, founded by the law of December 23, 1946, has markedly improved the state of affairs by annulling awards of state contracts for work, supplies and transport, when they violated existing laws or legal principles. Nevertheless, even after the decisions of the *Conseil d'Etat*, the courts continued strictly to apply Article 1382 of the *Code Civil*.

It has, however, always proved impossible to trace back the cause on the damage suffered by the contractor whose tender had been unduly rejected, to an administrative action. The law courts have, therefore, awarded no compensation, and the annulments pronounced by the *Conseil d'Etat* have had no practical consequences. No change was brought about concerning the enforcement of the contract that was concluded, nor concerning damages for the rejected tender. The law of March 4, 1963 was intended to deal with just this difficulty. But a close analysis reveals that its application is very limited, and its interpretation by the courts is as yet uncertain. It should not be forgotten that the problem is not one of private law alone. It touches state administration directly. In conclusion we would like to stress the following points :

I. The time when state action was limited to the *imperium* is past. The state's second quality, that of administrator, becomes increasingly extensive and varied. The problem of the damages to be paid by public authorities in connection with state contracts belongs in this administrative category. No solution, of the problem which disregards the change in ideas about State responsibility, is therefore conceivable.

II. An administration which is restricted in the use of its power cannot freely pursue its aims. It is therefore advisable to develop its sense of responsibility.

III. The trade unions and professional organisations must realise that their own private interests will not be advanced if the common good, administrative efficiency, and the needs of the State, are disregarded.

IV. Decisions about disputes will have to be pronounced by the courts. It remains to be seen whether they will be able to disregard the established application of Article 1382 of the *Code Civil*. Without abandoning established principles of civil liability they could formulate a well conceived interpretation of the new law, as well as new rules which could serve as a basis for a renewal of the concept of state liability.

By reminding the authorities of their responsibilities, judges can contribute to improvements in the administration. Let us hope that the courts will use fully the competence which has been granted them by Parliament. If this hope proves idle, the problem of the full jurisdictional competence of the *Conseil d'Etat* will arise.

V. Any reduction of the competence of the *Conseil d'Etat*, either in law or in fact, must in any case be avoided. The annulment of illegal administrative acts remains the guarantee of the regular award of State contracts.