

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 235.329 van 4 juli 2016
in de zaak A. 219.067/XII-8132**

In zake: de NV PLAYGROUNDS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 april 2016, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “het besluit van de Minister van Mobiliteit en Openbare Werken van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van onbekende datum waarbij de erkenning van [de nv Playgrounds] als aannemer klasse 1 wordt geweigerd en ingetrokken.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 juni 2016.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Benoit Forêt, die *loco* advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Valéry Schalenbourg, die *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij is actief in de ontwikkeling van sport- en ontspanningsterreinen.

3.2. Met een ter post aangetekende brief van 23 juni 2015 van de Federale Overheidsdienst Economie wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat haar erkenning als aannemer klasse 1 wordt herzien.

Deze individuele herziening van de erkenning vindt plaats met toepassing van artikel 18, §3, 1°, van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’, dat bepaalt dat tot herziening van alle erkenningen van een aannemer wordt overgegaan “1° om de vijf jaar en voor het eerst na een periode van vijf jaar te rekenen van het verkrijgen van de eerste erkenning.”

3.3. Ter zitting van 24 november 2015 van de Commissie voor Erkenning van Aannemers adviseert de Commissie de erkenning van de verzoekende partij vervallen te verklaren.

Bij aangetekende brief van 16 december 2015 stelt de Commissie voor Erkenning van Aannemers de verzoekende partij in kennis van haar advies aan de verwerende partij om haar erkenning als aannemer klasse 1 vervallen te verklaren.

Hierop bezorgt de verzoekende partij bij aangetekende brief van 14 januari 2016 een aantal bijkomende gegevens en documenten aan de Commissie voor Erkenning van Aannemers.

Op 26 januari 2016 beslist de Commissie voor Erkenning van Aannemers haar advies van 24 november 2015 te handhaven.

3.4. Op 16 februari 2016 beslist de verwerende partij om de erkenning van de verzoekende partij als aannemer klasse 1 vervallen te verklaren.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Bij aangetekend schrijven van 22 februari 2016 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van deze beslissing.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4. Krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

V. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

Standpunt van de partijen

5.1. Met betrekking tot de spoedeisendheid van de vordering tot schorsing zet de verzoekende partij in haar verzoekschrift uiteen:

“3. Krachtens artikel 17 §1, tweede lid van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging van het bestreden besluit slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement prima facie kan verantwoorden (RvS nr. 232.576 van 15 oktober 2015, NV PAVABER).

De spoedeisendheid zal worden vastgesteld wanneer de verzoeker het resultaat van de procedure ten gronde niet kan afwachten om zijn beslissing te verkrijgen, op straffe zich in een toestand te bevinden met onherroepelijke schadelijke gevolgen (memorie van toelichting, Pari. St. Senaat, 2012-13, nr. 5-2277/1, 13).
[...]

4.

De bestaanszekerheid van beroepster is enkel en alleen afhankelijk van opdrachten waarop de overheidsopdrachten reglementering van toepassing is. In het feitenrelaas heeft beroepster reeds aangegeven dat 96% van haar omzetcijfer voortvloeit uit overheidsopdrachten.

Ingevolge de bestreden beslissing kan beroepster niet meer deelnemen aan de overheidsopdrachten zoals bepaald in artikel 2 Wet erkenning aannemers. Artikel 3 §1, 1° Wet erkenning aannemers bepaalt dat de opdrachten van aanneming van werken zoals bedoeld in artikel 2 van dezelfde wet slechts mogen worden gegund aan aannemers die op het ogenblik van gunning erkend zijn.

Beroepster heeft deze inkomsten broodnodig. Eén en ander blijkt uit de aanzienlijke achterstal aan BTW-schulden uit het verleden. Op datum van 24 maart 2014 had beroepster een achterstal van maar liefst 982.690,48 EUR.

Om deze fiscale schuldenberg volledig te zuiveren werd op 28 april 2014 een bemiddelingsverslag opgesteld door de fiscale bemiddelingsdienst van de FOD Financiën. Hierbij werd het engagement aangegaan om de achterstallige BTW in hoofdsom te betalen, en in hoofde van de FOD

Financiën om kwijtschelding te verlenen van de boetes en de interesten op de BTW-vorderingen (stuk 8).

Op 7 mei 2014 besliste de Adviseur-generaal van de FOD Financiën om zijn goedkeuring te verlenen aan dit bemiddelingsverslag (stuk 9).

Ingevolge dit akkoord dient beroepster een maandelijkse afbetaling te doen van 8.750 EUR gedurende 72 maanden vanaf 20 mei 2014.

Het hoeft geen betoog dat een vennootschap die 96% van haar inkomsten haalt uit overheidsopdrachten, na uitsluiting ervan, dit afbetalingsplan niet zal kunnen respecteren, met alle gevolgen van dien.

Beroepster zal dan ook de duur die een annulatieprocedure in beslag neemt, niet kunnen overbruggen. Zij zal binnen afzienbare tijd het faillissement moeten aanvragen.

5.

De bestreden beslissing heeft ook een enorme impact [op]de lopende overheidsopdrachten waarin beroepster een offerte heeft ingediend. Het gaat meer bepaald om de volgende opdrachten:

- Chimay Multisports 1 : 76.505,00 EUR;
- Chimay Multisports 2 : 76.505,00 EUR;
- Wanze - aire de jeux : 49.373,35 EUR;
- IBGE - aire de jeux : 49.700,00 EUR;
- Châtelet - aire de jeux : 91.533,50 EUR;

Deze opdrachten zullen ingevolge de bestreden beslissing niet kunnen worden toegewezen aan beroepster.

6.

De wettigheidskritiek heeft volgens de voorbereidende werken eveneens een invloed op het spoedeisend karakter van een procedure (*Parl. St.*, Senaat, 2012-13, nr. 2277/1, 13-14).

Beroepster zal hierna duidelijk aantonen dat de bestreden beslissing manifest onwettig is. In het kader van de beoordeling van een erkenningsaanvraag of erkenningsherziening klasse 1 sluit artikel 8 §2 Wet erkenning aannemers uitdrukkelijk uit dat bij de beoordeling ervan rekening mag/kan worden gehouden met de financiële en economische draagkracht van de aannemers.

Uit de bestreden beslissing blijkt nochtans dat voornoemd criterium het enige motief is om de erkenning klasse 1 te weigeren en in te trekken. Zulke manifeste onwettige beslissing versterkt het spoedeisend karakter van de behandeling van deze zaak. “

5.2. In haar nota repliceert de verwerende partij hierop:

“7.

Wanneer een aannemer een erkenning klasse 1 ontvangt, mag deze erkende aannemer werken uitvoeren tot een maximaal bedrag van 135.000 EUR (exclusief BTW).

8.

Een erkenning als aannemer klasse 1 is echter niet vereist voor werken die waarvan het bedrag de som van 75.000 EUR (exclusief BTW) in categorieën en de som van 50.000 EUR (exclusief BTW) in ondercategorieën niet overschrijdt.

9.

Het is dus niet zo, zoals verzoekster wenst te laten uitschijnen, dat zij aan geen enkele overheidsopdracht meer kunnen deelnemen.

Een erkenning klasse 1 heeft in principe alleen gelding voor de publieke werken, waarvan de waarde zich situeert tussen 75.000 EUR en 135.000 EUR.

10.

Maar bovenal bepaalt artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken dat opdrachten voor aanneming van werken mogen slechts worden gegund aan aannemers, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke personen, die op het ogenblik van de gunning:

- 1 ° hetzij hiervoor erkend zijn;
- 2° hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet;

Niet erkende aannemers zijn aldus niet uitgesloten van deze werken en kunnen dit bewijs leveren door:

- hetzij bij zijn inschrijving een dossier toe te voegen waaruit blijkt dat voldaan is aan de eisen van artikel 4, §1 van de wet van 20 maart 1991;
- hetzij zich te beroepen op zijn inschrijving op een officiële lijst van erkende aannemers in een andere Staat. In een dergelijk geval geldt de buitenlandse inschrijving als erkenning voor zover die erkenning gelijkwaardig is met de voorwaarden gesteld in artikel 4, § 1 van de wet van 20 maart 1991 (artikel 5 wet van 20 maart 1991).

De erkenning is met andere woorden slechts één van de mogelijkheden om te bewijzen dat voldaan is aan de vereisten gesteld door de Erkenningwet.

Niets belet de onderneming om deel te nemen aan overheidsopdrachten zonder een erkenning.

11.

Daarenboven blijkt uit stuk n°2 van verzoekster dat de meeste van de opdrachten die zij uitvoert sowieso onder de grens van 75.000 EUR liggen.

Daarbij dient opgemerkt dat de bewering van verzoekster als zou de bestreden beslissing een enorme impact hebben op de lopende overheidsopdrachten niet correct.

Overeenkomstig artikel 3, § 1 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken geldt dat een erkenning enkel vereist is op het moment van de gunning. Eenmaal gegund is de erkenning geen vereiste meer.

Verweerster verwijst dienaangaande naar het arrest van 8 december 1998 met nummer 77.480 van Uw Raad in een identiek geschil, waarbij Uw Raad ook oordeelde dat niet voldaan was aan de vereiste aanwezigheid van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofde van de aannemer.

12.

Niets belet verzoekster trouwens haar inkomsten tevens te genereren uit werken in de private sector.

13.

Maar bovenal lijkt de beweerde spoedeisendheid zich te situeren in haar precaire financiële toestand, eerder dan dat de spoedeisendheid een gevolg zou zijn van de bestreden beslissing.

Verzoekster heeft een negatief eigen vermogen van maar liefst 903.171 EUR - hetgeen niet wordt tegengesproken door verzoekster in haar verzoekschrift - en daarenboven een fiscale schuld (in 2014) van 982.690,48 EUR, zoals zij zelf aangeeft in haar verzoekschrift

Verweerster brengt tevens een recent fiscaal attest bij, waaruit blijkt dat verzoekster ook op heden fiscale schulden heeft.

Het is haar eigen financieel beleid, waarbij zelfs geen BTW werd afgedragen - dat gemaakt heeft dat zij zich in een uitermate precaire positie bevindt.

Deze situatie heeft zich voorgedaan voorafgaand aan de bestreden beslissing, die er dan ook vreemd aan is.

Verzoekster kan zich bezwaarlijk beroepen op spoedeisendheid wanneer zij er zelf aan de basis van ligt door haar eigen financieel wanbeleid.

Het systeem van erkenningen van aannemers is er trouwens juist gekomen om overheidsdiensten te beschermen tegen aannemers die niet over de vereiste draagkracht beschikken en die de vooruitgang van werken, gefinancierd met publieke middelen hypothekeren.

14.

De bestreden beslissing is aldus vreemd aan de precaire situatie waarin verzoekster zich bevindt en maakt de vordering aldus niet spoedeisend.”

Beoordeling

5.2. De vereiste spoedeisendheid houdt in dat een verzoekende partij concreet moet aantonen dat zij het resultaat van de procedure tot nietigverklaring niet kan afwachten op straffe van zich in een toestand te bevinden met onherroepelijke schadelijke gevolgen. Zij moet eigen, specifieke gegevens aanbrengen die *in concreto* aantonen dat de zaak dermate spoedeisend is, gelet op de gevolgen van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, dat de behandeling van het gewone annulatieberoep niet zou kunnen worden afgewacht.

5.2. Artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 ‘inzake de erkenning van aannemers’ bepaalt :

“Opdrachten voor aanneming van werken als bedoeld in artikel 2, waarvan de omvang een bij koninklijk besluit vastgesteld bedrag overschrijdt, mogen slechts worden gegund aan aannemers, zowel privaatrechtelijke als publiekrechtelijke personen, die op het ogenblik van de gunning :

1° hetzij hiervoor erkend zijn;

2° hetzij de bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de voorwaarden gesteld door of krachtens deze wet.”

Artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van voormelde wet bepaalt :

“Het bedrag bedoeld in artikel 3, § 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken wordt vastgesteld op 75 000 EUR, exclusief B.T.W., voor de in categorieën en 50 000 EUR, exclusief B.T.W., voor de in ondercategorieën ingedeelde werken.”

5.3. Zoals de verwerende partij in haar nota terecht stelt is beneden de voormelde bedragen geen erkenning vereist.

5.4. Op de lijst van 20 werken die de verzoekende partij voorlegt als stuk 2 is er slechts één dat het bedrag van 75.000€ overschrijdt en daarbij is dan nog vermeld “via Scheerlinck Sport”, zodat niet duidelijk is of zij de opdracht zelf

volledig heeft uitgevoerd of zij is opgetreden als onderaannemer van “Scheerlinck Sport” en voor welk bedrag.

Van de 26 attesten die de verzoekende partij voorlegt onder stuk 3 betreffen er slechts 2 een opdracht die het voormelde bedrag van 75.000€ overschrijdt.

Wat de door de verzoekende partij ingediende offertes voor “lopende overheidsopdrachten” betreft – waarover buiten het door de verzoekende partij opgegeven (geraamde?) bedrag helemaal geen gegevens worden bijgebracht – dient te worden opgemerkt dat de erkenning van de verzoekende partij is vervallen op 16 februari 2016 zodat het niet aannemelijk lijkt dat een eventuele schorsing nog een gunstig gevolg zal kunnen hebben op het resultaat van de drie vermelde overheidsopdrachten die het bedrag van 75.000€ overschrijden (waarvan er twee amper dit bedrag overschrijden en dit dan nog in de hypothese dat de door de verzoekende partij opgegeven bedragen BTW niet inbegrepen zijn, wat niet vaststaat). Hierbij mag worden betrokken dat er evenmin enige verduidelijking wordt verschaft met betrekking tot de stand van zaken van deze overheidsopdrachten, onder meer of de verzoekende partij wel de laagste of economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.

5.5. Daarenboven is de door de bestreden beslissing vervallen verklaarde erkenning enkel vereist voor overheidsopdrachten voor aanneming van werken, en bijgevolg niet voor opdrachten van private bedrijven en particulieren.

5.6. Opdat een financieel nadeel een gebeurlijke schorsing zou kunnen verantwoorden, moet de omvang van die aard zijn dat de verzoekende partij de duur die een annulatieprocedure in beslag neemt, niet zal kunnen overbruggen. Uit hetgeen voorafgaat blijkt evenwel dat de verzoekende partij in gebreke is aan te tonen dat haar belangrijkste inkomstenbron overheidsopdrachten zijn waarvoor een erkenning in klasse 1 is vereist.

5.7. Uit het dossier blijkt voorts dat de precare financiële situatie waarin de verzoekende partij verkeert niet het gevolg is van de bestreden beslissing maar dat die situatie reeds was ontstaan vooraleer de bestreden beslissing werd getroffen.

5.8. Er dient dan ook te worden vastgesteld dat de vereiste spoedeisendheid in de zin van artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State niet wordt aangetoond, en er aldus niet is voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 4 juli 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Sila Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin