

Zaak C-472/19

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

20 juni 2019

Verwijzende rechter

Conseil d'État (Frankrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

14 juni 2019

Verzoekende partij:

Vert Marine SAS

Verwerende partijen:

Premier Ministre

Ministre de l'Economie et des Finances

CONSEIL D'ÉTAT (hoogste bestuursrechter, Frankrijk)

rechtsprekend

in het onderhavige geschil

[OMISSIS]

Gelet op de volgende procedure:

Bij verzoekschrift en aanvullende memorie, op 20 maart 2018 respectievelijk 26 september 2018 ingeschreven bij het secretariaat van de afdeling geschillen van de Conseil d'État, verzoekt de vennootschap Vert Marine de Conseil d'État:

1°) om het impliciete afwijzende besluit dat voortvloeit uit het stilzwijgen van de Premier Ministre (Eerste Minister) naar aanleiding van haar verzoek om intrekking van de artikelen 19 en 23 van decreet nr. 2016-86 van 1 februari 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, wegens bevoegdheidsoverschrijding nietig te verklaren;

2°) de Eerste Minister te gelasten deze bepalingen in te trekken en te vervangen door bepalingen waarmee de verenigbaarheid van dit decreet met het recht van de Europese Unie binnen 3 maanden na kennisgeving van het te nemen besluit kan worden verzekerd;

[OMISSIS]

Zij stelt dat de bepalingen waarvan zij de intrekking vraagt:

- [OMISSIS] [nationaal constitutioneel recht]
- dwingende inschrijvingsverboden invoeren die onverenigbaar zijn met artikel 38 van richtlijn 2014/23/EU van 26 februari 2014 betreffende de gunning van concessieovereenkomsten. **[Or.2]**

Bij verweerschrift, ingeschreven op 26 juli 2018, heeft de Eerste Minister verklaard dat hij zich aansluit bij de opmerkingen van de Ministre de l'Economie et des Finances (minister van Economie en Financiën).

Bij verweerschrift, ingeschreven op 27 juli 2018, concludeert de minister van Economie en Financiën tot afwijzing van het verzoek. Volgens hem is het verzoekschrift niet-ontvankelijk omdat de vennootschap Vert Marine geen procesbelang heeft, en zijn de door verzoekster aangevoerde middelen ongegrond.

[OMISSIS]

Gelet op:

- het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;
- richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014;
- het wetboek inzake overheidsopdrachten;
- het wetboek van strafrecht;
- het wetboek van strafvordering;
- ordonnantie nr. 2016-65 van 29 januari 2016;
- decreet nr. 2018-1075 van 3 december 2018;

[OMISSIS]

Overwegende hetgeen volgt:

1. Indien bij de bevoegde autoriteit een verzoek wordt ingediend tot intrekking van een onwettig besluit, moet deze autoriteit het verzoek inwilligen, hetzij wanneer

dit besluit vanaf de datum van ondertekening onrechtmatig was, hetzij wanneer de onrechtmatigheid voortvloeit uit feitelijke of juridische omstandigheden van na die datum. Wanneer de instantie die het litigieuze besluit heeft vastgesteld, na indiening van een verzoekschrift gericht tegen een weigering om bepalingen van regelgevende aard in te trekken, deze bepalingen uitdrukkelijk dan wel impliciet intrekt, verliest het geschil over die weigering zijn voorwerp. Dit is echter anders wanneer deze autoriteit in een nieuw besluit de door haar ingetrokken bepalingen overneemt, zonder ze te wijzigen of door ze louter formeel te wijzigen.

2. Artikel 19, II, van het decreet van 1 februari 2016 betreffende concessieovereenkomsten bepaalt dat elke gegadigde voor de gunning van een concessieovereenkomst alle documenten moet overleggen waaruit blijkt dat jegens hem geen van de in de artikelen 39, 40 en 42 van de ordonnantie van 29 januari 2016 betreffende de plaatsing van concessieovereenkomsten bedoelde uitsluitingsgronden van de procedure voor diezelfde overeenkomsten zich voordoet. Artikel 23, II, tweede alinea, van dit decreet voegt daaraan toe dat de niet-ontvankelijke aanvragen verwijderd worden, en preciseert dat met name **[Or.3]** „niet-ontvankelijk [wordt] verklaard de aanvraag van een gegadigde die niet aan de gunningsprocedure kan deelnemen overeenkomstig de artikelen 39, 40, 42 en 44 van de ordonnantie van 29 januari 2016”.
3. Uit de stukken van het dossier blijkt dat de artikelen 19 en 23 van het decreet van 1 februari 2016 betreffende de concessieovereenkomsten bij decreet van 3 december 2018 houdende een regelgevend deel van het wetboek inzake overheidsopdrachten weliswaar zijn opgeheven, doch deze bepalingen zijn met slechts enkele formele wijzigingen overgenomen in de artikelen R. 3123-16 tot en met R. 3123-21 van het wetboek inzake overheidsopdrachten. De vordering tot intrekking ervan is dus niet zonder voorwerp geraakt en moet worden beschouwd als gericht tegen laatstgenoemde artikelen.

Ontvankelijkheid van het verzoekschrift

4. Uit de stukken van het dossier blijkt dat de vennootschap Vert Marine gespecialiseerd is in het gedelegeerd beheer van sport- en vrijetijdsfaciliteiten en dat haar activiteiten voornamelijk bestaan in de uitvoering van concessieovereenkomsten met openbare lichamen. Zij heeft derhalve een procesbelang om wegens bevoegdheidsoverschrijding in rechte op te komen tegen de weigering om de litigieuze regelgevende bepalingen in te trekken, aangezien deze bepalingen niet voorzien in een mogelijkheid voor een onderneming die gegadigde is voor de plaatsing van een concessieovereenkomst om nalevingsmaatregelen te nemen teneinde te ontkomen aan de inschrijvingsverboden in geval van veroordeling voor bepaalde inbreuken.
5. [OMISSIS] [nationale procedurekwesties]

Interne wettigheid van de litigieuze regelgevende bepalingen:

6. Volgens de vennootschap Vert Marine zijn de artikelen 19 en 23 van het decreet van 1 februari 2016, waarvan de bepalingen zijn overgenomen in het wetboek inzake overheidsopdrachten, onwettig omdat zij toepassing geven aan artikel 39 van de ordonnantie van 29 januari 2016, dat onverenigbaar is met de doelstellingen van artikel 38 van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten.
7. Anders dan de minister van Economie en Financiën aanvoert, kan een dergelijk middel met succes worden aangevoerd, voor zover de bepalingen van de artikelen 19 en 23 van het decreet, die de lijst vaststellen van de documenten waaruit kan worden opgemaakt dat de **[Or.4]** gegadigde niet kan worden uitgesloten, moeten worden geacht te zijn vastgesteld voor de toepassing van artikel 39 van de ordonnantie.
8. Artikel 38 van richtlijn 2014/23/EU voorziet in verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden voor ondernemingen van de procedure voor de plaatsing van een concessieovereenkomst. Lid 4 bepaalt voor welke inbreuken waarvoor de onderneming veroordeeld is, zij verplicht dient te worden uitgesloten van deelname aan een procedure voor de plaatsing van een concessie. Volgens lid 9 van hetzelfde artikel echter, „*Mag elke ondernemer die zich in een van de in de leden 4 en 7 bedoelde situaties bevindt, [...] bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Indien dit bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de procedure. Hiertoe bewijst de ondernemer dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en concrete technische, organisatorische en persoonlijke maatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen. De door de ondernemers genomen maatregelen worden beoordeeld met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of de beroepsfout. Wanneer de maatregelen onvoldoende worden geacht, worden aan de betrokken ondernemer de redenen daarvoor meegedeeld. Een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedings- of concessiegunningsprocedures mag in de lidstaat waar dat vonnis uitvoerbaar is, gedurende de uit het vonnis voortvloeiende periode van uitsluiting geen gebruik kunnen maken van de in dit lid geboden mogelijkheid*”. **[Or. 5]**

Krachtens lid 10 van datzelfde artikel: „*[bepalen d]e lidstaten [...] bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling en met inachtneming van het Unierecht de voorwaarden voor de toepassing van dit artikel. Zij bepalen met name de maximumduur van de uitsluiting indien de ondernemer geen in lid 9 omschreven maatregelen heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Wanneer de duur van de uitsluiting niet is vastgesteld bij onherroepelijk vonnis, mag deze niet langer zijn dan vijf jaar vanaf de datum van de veroordeling bij onherroepelijk*

vonnis in de gevallen bedoeld in lid 4, en drie jaar na de datum van de betrokken gebeurtenis in de gevallen bedoeld in lid 7”.

Deze bepalingen worden verduidelijkt in overweging 71 van de richtlijn: „Er dient evenwel in aanmerking te worden genomen dat ondernemers nalevingsmaatregelen kunnen nemen die erop gericht zijn de gevolgen van eventuele misdrijven of fouten te verhelpen en verder misdragen daadwerkelijk te voorkomen. Deze maatregelen kunnen met name bestaan in maatregelen op het gebied van personeel en organisatie zoals het verbreken van alle banden met personen of organisaties die betrokken zijn bij het misdragen, passende maatregelen op het gebied van personeelsreorganisatie, de invoering van rapportage- en controlesystemen, de totstandbrenging van een interne-auditstructuur om toe te zien op de naleving en de vaststelling van voorschriften inzake interne aansprakelijkheid en compensatie. Indien dergelijke maatregelen voldoende waarborgen bieden, moet de betreffende ondernemer niet langer uitsluitend op deze gronden worden uitgesloten. Ondernemers moeten kunnen verzoeken dat nalevingsmaatregelen die worden genomen met het oog op eventuele toelating tot de procedure voor de gunning van de concessie worden beoordeeld. Het moet evenwel aan de lidstaten worden overgelaten om de exacte procedurele en inhoudelijke voorwaarden die in dergelijke gevallen gelden, te bepalen. Zij dienen met name vrij te zijn om te bepalen of zij de afzonderlijke aanbestedende diensten of aanbestedende instanties toestaan om de desbetreffende beoordelingen uit te voeren dan wel of zij andere autoriteiten op centraal of subcentraal niveau met deze taak belasten”.

9. Volgens artikel 39 van de ordonnantie van 29 januari 2016 betreffende de plaatsing van concessieovereenkomsten, thans overgenomen in artikel L. 3123-1 van het wetboek inzake overheidsopdrachten: *„Van de procedure voor het plaatsen van concessieovereenkomsten zijn uitgesloten: / 1° De personen die onherroepelijk zijn veroordeeld voor een van de strafbare feiten bedoeld in de artikelen 222-34 tot en met 222-40, 373-7, 373-3, 374-7, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 tot en met 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 tot en met 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 tot en met 441-7, 441-9, 445-1 tot en met 445-2-1 of 450-1 van het wetboek van strafrecht, de artikelen 1741 tot en met 1743, 1746 of 1747 van het algemeen wetboek inzake belastingen, alsmede voor concessieovereenkomsten die geen concessieovereenkomsten zijn voor defensie of veiligheid, de artikelen 25-4-1 en 25-4-7 van het wetboek van strafrecht, of voor het verhelen van dergelijke strafbare feiten, alsmede voor soortgelijke strafbare feiten krachtens de wetgeving van een andere lidstaat van de Europese Unie. / De definitieve veroordeling voor een van deze strafbare feiten of voor de verheling van deze strafbare feiten door een lid van het orgaan van beheer, administratie, bestuur of toezicht, of een natuurlijke persoon die bevoegd is voor vertegenwoordiging, besluitvorming of controle van een rechtspersoon, leidt tot uitsluiting van de procedure voor het plaatsen van concessieovereenkomsten voor die rechtspersoon, zolang die natuurlijke persoon die functies uitoefent. / De uitsluiting van de procedure voor*

het plaatsen van concessieovereenkomsten op grond van dit lid 1° geldt voor een duur van vijf jaar vanaf de datum van uitspraak van de veroordeling (...)”.

10. Volgens de vennootschap Vert Marine is het Franse recht in strijd met de doelstellingen van de richtlijn van 26 februari 2014, aangezien noch de in het vorige punt aangehaalde bepalingen van nationaal recht, noch enige andere bepaling voorzien in de mogelijkheid voor een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis zou zijn veroordeeld wegens een van de in die bepalingen opgesomde strafbare feiten en om die reden overeenkomstig artikel 39, 1°, van de ordonnantie van 29 januari 2016 voor vijf jaar uitgesloten wordt van de procedures voor het plaatsen van concessieovereenkomsten, om bijzondere maatregelen te treffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen bij een aanbestedende dienst.
11. Of dit middel al dan niet slaagt, hangt af van het antwoord op de vraag of de richtlijn van 26 februari 2014 aldus moet worden uitgelegd dat zij er absoluut aan in de weg staat dat de wetgeving van een lidstaat een ondernemer die valt onder een uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 39, 1, van de ordonnantie van 29 januari 2016, niet de mogelijkheid biedt om te bewijzen dat de door hem genomen maatregelen volstaan om zijn betrouwbaarheid bij de aanbestedende dienst aan te tonen ondanks het bestaan van een uitsluitingsgrond, ook al gaat het om bijzonder ernstige inbreuken die de wetgever met het oog op het invoeren van ethische normen bij overheidsopdrachten heeft willen beteugelen, om de voorbeeldfunctie van de gegadigden te waarborgen.
12. Bovendien voert de minister van Economie en Financiën in zijn verweerschriften aan dat er in het Franse recht verschillende mechanismen bestaan, zoals de ontheffing (die de rechter in staat stelt een persoon geheel of gedeeltelijk te ontheffen van een verbod, vervallenverklaring of onbekwaamheid op grond van een strafrechtelijke veroordeling), de gerechtelijke rehabilitatie (die het mogelijk maakt om alle onbekwaamheden en vervallenverklaringen als gevolg van een veroordeling ongedaan te maken) en de weglating van een veroordeling in het formulier nr. 2 van het strafblad, die respectievelijk in artikel 132-21 van het strafwetboek, in artikel 133-12 van het strafwetboek en artikel 775-1 van het strafwetboek zijn neergelegd, en dat de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid geeft om te beslissen dat elke aanbestedende dienst of aanbestedende instantie mag bepalen of de nalevingsmaatregelen relevant zijn of om deze taken aan andere autoriteiten op centraal of subcentraal niveau toe te vertrouwen. Of het in het verzoekschrift aangevoerde middel al dan niet slaagt, hangt dus eveneens af van het antwoord op de vraag of dergelijke mechanismen, welke door [Or. 6] een gerechtelijke autoriteit worden toegepast, kunnen worden beschouwd als passende nalevingsmaatregelen, hetgeen veronderstelt dat wordt vastgesteld of een gerechtelijke autoriteit kan worden beschouwd als een autoriteit op centraal of subcentraal niveau, in de zin van overweging 71 van de richtlijn, en of de voorwaarden voor de toekenning van gerechtelijke maatregelen als die welke in het Franse recht bestaan, ertoe kunnen leiden dat zij gelijkgesteld worden aan nalevingsmaatregelen in de zin van de richtlijn.

13. Deze vragen zijn doorslaggevend voor de beslechting van het geschil door de Conseil d'État en zijn moeilijk te beantwoorden. Zij dienen derhalve op grond van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie te worden voorgelegd aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, en de behandeling van het verzoek van de vennootschap Vert Marine dient te worden geschorst totdat er uitspraak is gedaan.

WORDT BESLIST:

Artikel 1: De beslissing omtrent het door Vert Marine ingediende verzoek wordt aangehouden totdat het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak heeft gedaan over de volgende vragen:

1) Dient richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 april 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten aldus te worden uitgelegd dat zij eraan in de weg staat dat de wetgeving van een lidstaat, met het oog op de invoering van ethische normen bij overheidsopdrachten, een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is veroordeeld voor een bijzonder ernstig strafbaar feit en aan wie om die reden het verbod is opgelegd om gedurende vijf jaar deel te nemen aan een procedure voor de plaatsing van een concessieovereenkomst, niet de mogelijkheid biedt om bewijzen over te leggen waaruit blijkt dat de door hem genomen maatregelen volstaan om zijn betrouwbaarheid bij de aanbestedende dienst aan te tonen, ondanks het bestaan van deze uitsluitingsgrond?

2) Wanneer richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 april 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten de lidstaten toestaat om aan andere autoriteiten dan de betrokken aanbestedende dienst de taak toe te vertrouwen om de nalevingsmaatregelen van de ondernemers te beoordelen, betekent deze mogelijkheid dan dat zij dit kunnen toevertrouwen aan de gerechtelijke autoriteiten? Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, kunnen mechanismen als de in het Franse recht voorziene ontheffing, gerechtelijke rehabilitatie en weglating van de vermelding van een veroordeling in formulier 2 van het strafblad, gelijkgesteld worden met nalevingsmaatregelen in de zin van de richtlijn?

[OMISSIS] [Or. 7] [OMISSIS] [informatie over procedurekwesties]