

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 13 december 1995 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie", heeft op 18 december 1995 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 13 décembre 1995, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté Européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications", a donné le 18 décembre 1995 l'avis suivant :

Volgens artikel 84, tweede lid, dat bij de wet van 15 oktober 1991 is ingevoegd in de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisend karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt die motivering aldus :

"En raison de l'urgence motivée par l'impérieuse nécessité d'assurer sans retard la transposition de règles européennes - plus particulièrement les dispositions de la directive 93/38/CEE consacrées aux marchés de services - et d'éviter ainsi une procédure d'infraction devant la Cour de Justice des Communautés européennes, il me serait agréable que l'avis soit rendu dans le délai prescrit par l'article 84 des lois coordonnées".

*

*

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP.

1. De regeling vervat in het voor advies voorgelegde ontwerp-besluit, betreft de opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten gegund zowel door privé-ondernemingen als door overheidsbedrijven in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie. Zij zal in de plaats komen van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken

.../...

en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie.

De bedoeling van de stellers van het ontwerp bestaat er hoofdzakelijk in de regeling van het voornoemde koninklijk besluit van 26 juli 1994 aan te passen aan de wijzigingen die - met het oog op de implementatie van de richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (1) - zullen worden aangebracht aan boek II van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, door het ontwerp L. 24.787/1 waarover de Raad van State heden eveneens advies heeft gegeven.

(1) Men zal zich herinneren dat het koninklijk besluit van 26 juli 1994 louter een implementatie was van de richtlijn 90/531/EEG van 17 september 1990 betreffende de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. De richtlijn 90/531/EEG wordt, vooral wat de opdrachten voor het verrichten van diensten betreft, gewijzigd en aangevuld door de richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie. Uit de samenlezing van de leden 1 en 3 van artikel 45 van de laatstgenoemde richtlijn, valt af te leiden dat de richtlijn 90/531/EEG geen rechtsgevolgen meer heeft vanaf de datum van toepassing van de richtlijn 93/38/EEG door de Lid-Staten, zijnde uiterlijk 1 juli 1994.

2. Zoals dat het geval was met het voornoemde koninklijk besluit van 26 juli 1994, heeft het ontwerp als rechtsgrond, eensdeels, een aantal specifieke bepalingen van de zoëven genoemde wet van 24 december 1993 waarin de Koning met het nemen van bepaalde uitvoeringsmaatregelen wordt belast (onder meer de artikelen 47, 52 en 61 van de wet), en, anderdeels, artikel 64, § 1, van dezelfde wet, luidens hetwelk de Koning alle uitvoeringsmaatregelen neemt die nodig zijn om de omzetting van de richtlijn 90/531/EEG (inmiddels vervangen door de voornoemde richtlijn 93/38/EEG) te verzekeren. Luidens hetzelfde artikel 64, § 1, zullen deze maatregelen, en met name die welke genomen worden in het kader van de bijzondere bevoegdverklaringen die in boek II van die wet vermeld worden, identiek zijn aan de bepalingen van deze richtlijn.

ALGEMENE OPMERKINGEN.

1. Binnen de uiterst korte termijn welke hem voor het onderzoek van het ontwerp is gegeven, is het de Raad van State niet mogelijk op grondige wijze de volledigheid van de door het ontwerp beoogde implementatie na te gaan, noch om dieper in te gaan op de vraag hoe de te implementeren Europese voorschriften zich verhouden tot de voorschriften van de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten, gesloten in het kader van het Algemeen Akkoord over de Douane- en Handelstarieven, ondertekend te Marrakech op 15 april 1994, en goedgekeurd bij de wet van 23 december 1994 tot goedkeuring van het Akkoord betreffende de oprichting van de

.../...

Wereldhandelsorganisatie (1). Het advies hierna moet onder dat dubbel voorbehoud worden gelezen.

2. Gelet op het opzet en de techniciteit van de in het ontwerp geregelde materie, verdient het aanbeveling de tekst ervan te laten voorafgaan door een verslag aan de Koning. Met het toevoegen van een dergelijk verslag aan de Koning zal men overigens aansluiten bij een procédé dat, wat de betrokken materie betreft, reeds werd toegepast - onder meer - in het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en in het koninklijk besluit van 1 augustus 1990 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in het raam van de Europese Gemeenschappen.

3. Het ontwerp wordt opgevat als een autonoom besluit dat, zoals zoëven vermeld, het voornoemd koninklijk besluit van 26 juli 1994 integraal zal vervangen. Een nader onderzoek van de tekst doet er echter van blijken dat de wijzigingen en aanvullingen, vergeleken met de tekst van dat laatste besluit, weinig talrijk zijn. Dergelijke werkwijze is vanuit wetgevingstechnisch oogpunt om verscheidene redenen niet verantwoord, te meer omdat het bedoelde besluit tot op heden ongewijzigd is gebleven.

(1) Deze wet werd tot op heden nog niet bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

Vooreerst heeft deze werkwijze tot gevolg dat aan de Raad van State een tekst wordt voorgelegd, waarvan de bepalingen voor een groot deel reeds aan zijn advies werden onderworpen (1).

Vervolgens biedt de gevolgde werkwijze het risico dat sommige bepalingen die reeds definitief in de rechtsorde werden opgenomen, door hun nieuwe afkondiging opnieuw, gedurende een bepaalde tijdspanne, vatbaar worden voor een annulatieberoep bij de afdeling administratie van de Raad van State.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat het aangewende procédé geenszins meer duidelijkheid zal verschaffen voor de rechtsonderhorige. Integendeel, mede gelet op de complexe aard van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, verdient het aanbeveling over een tekst te beschikken waarin de wijzigingen en aanvullingen van de heersende reglementering nauwkeurig worden aangeduid, teneinde elke onduidelijkheid of nodeloos zoekwerk te vermijden.

Het ontwerp zou dan ook beter worden herwerkt tot een wijzigingsbesluit van het koninklijk besluit van 26 juli 1994.

(1) Zie het advies nr. L. 23.200/1 van 19 mei 1994 over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de mededinging inzake bepaalde opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, in het raam van de Europese Gemeenschap", dat het koninklijk besluit van 26 juli 1994 is geworden.

ONDERZOEK VAN DE TEKST.Aanhef.

1. In het tweede lid van de aanhef schrijve men :
"Gelet op de richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992" en schrappe men in fine de vermelding "(92/13/EEG)".
Dezelfde opmerking geldt, mutatis mutandis, voor het derde en het vierde lid van de aanhef.
2. In het vijfde lid van de aanhef schrijve men "en goedgekeurd door de wet van 23 december 1994".
3. In het zesde lid van de aanhef dient de datum van het advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten te worden vermeld.
4. Het achtste lid van de aanhef is overbodig, aangezien in het voordrachtformulier melding wordt gemaakt van het advies van de in raad vergaderde ministers.

Artikel 3.

Het bepaalde in het derde lid van paragraaf 3 dient nauwer aan te sluiten bij artikel 14, § 5, van de voornoemde richtlijn 93/38/EEG, waarvan het de omzetting beoogt.

.../...

Artikel 4.

In het 5^o dient verwezen te worden naar artikel 36 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap en niet naar artikel 36 van een zogenaamd Verdrag tot oprichting van de Europese Unie. Immers, die laatste akte - juist, het Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992 - heeft enkel een aantal wijzigingen aangebracht aan het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (1), doch heeft het niet vervangen. Dezelfde opmerking geldt voor artikel 16, § 2, van het ontwerp.

(1) waaronder het vervangen in zijn opschrift van de woorden "Europese Economische Gemeenschap" door de woorden "Europese Gemeenschap".

Conformément à l'article 84, alinéa 2, inséré dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat par la loi du 15 octobre 1991, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui justifient le caractère urgent de la demande.

En l'occurrence, cette motivation est la suivante :

"En raison de l'urgence motivée par l'impérieuse nécessité d'assurer sans retard la transposition de règles européennes - plus particulièrement les dispositions de la directive 93/38/CEE consacrées aux marchés de services - et d'éviter ainsi une procédure d'infraction devant la Cour de Justice des Communautés européennes, il me serait agréable que l'avis soit rendu dans le délai prescrit par l'article 84 des lois coordonnées".

*

*

*

PORTEE ET FONDEMENT LEGAL DU PROJET.

1. La réglementation prévue par le projet d'arrêté soumis pour avis, concerne les marchés de travaux, de fournitures et de services conclus tant par des entreprises privées que par des entreprises publiques dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Elle se substituera à l'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

L'intention des auteurs du projet consiste principalement à adapter la réglementation de l'arrêté royal précité du 26 juillet 1994 aux modifications qui - en vue de

.../...

la mise en oeuvre de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (1) - seront apportées au livre II de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, par le projet L. 24.787/1 sur lequel le Conseil d'Etat a également rendu ce jour son avis.

2. De même que l'arrêté royal précité du 26 juillet 1994, le projet tient son fondement légal, d'une part, d'un nombre de dispositions spécifiques de la loi précitée du 24 décembre 1993 qui confient au Roi le soin de prendre certaines mesures d'exécution (notamment les articles 47, 52 et 61 de la loi), et, d'autre part, de l'article 64, § 1er, de la même loi, aux termes duquel le Roi prend les mesures d'exécution nécessaires pour assurer la transposition de la

(1) On se rappellera que l'arrêté royal du 26 juillet 1994 ne constituait qu'une mise en oeuvre de la directive 90/531/CEE du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. La directive 90/531/CEE est modifiée et complétée, surtout en ce qui concerne les marchés de services, par la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications. Il se déduit de la combinaison des paragraphes 1er et 3 de l'article 45 de cette dernière directive que la directive 90/531/CEE n'aura plus d'effet juridique à partir de la date prévue pour l'application par les Etats membres de la directive 93/38/CEE, c'est-à-dire au plus tard le 1er juillet 1994.

directive 90/531/CEE (remplacée depuis par la directive 93/38/CEE précitée). Aux termes du même article 64, § 1er, ces mesures, et notamment celles prises dans le cadre des habilitations particulières énoncées au livre II de ladite loi, seront identiques aux dispositions de cette directive.

OBSERVATIONS GENERALES.

1. Dans le délai particulièrement bref qui lui est imparti pour examiner le projet, le Conseil d'Etat n'est pas en mesure de vérifier dans le détail si la mise en oeuvre prévue par le projet est complète, ni d'approfondir la question du rapport entre les directives européennes à mettre en oeuvre et l'Accord relatif aux marchés publics, conclu dans le cadre de l'Accord général sur les Tarifs douaniers et le Commerce, signé à Marrakesch le 15 avril 1994, et approuvé par la loi du 23 décembre 1994 approuvant l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce (1). L'avis qui suit doit être lu en tenant compte de cette double réserve.

2. Compte tenu de l'économie et de la technicité de la matière réglée par le projet, il est recommandé de faire précéder le texte par un rapport au Roi. Par l'insertion d'un tel rapport au Roi, on se conforme, au demeurant, à la

(1) Cette loi n'a jusqu'à ce jour pas encore été publiée au Moniteur belge.

méthode déjà utilisée, en ce qui concerne la matière considérée, notamment pour l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et dans l'arrêté royal du 1er août 1990 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux.

3. Le projet est conçu comme un arrêté autonome qui, ainsi qu'il vient d'être évoqué, remplacera intégralement l'arrêté royal précité du 26 juillet 1994. Un examen plus approfondi du texte fait apparaître toutefois que, par rapport au texte de ce dernier arrêté, les modifications et ajouts sont peu nombreux. Du point de vue de la technique législative, pareille méthode ne se justifie pas pour différentes raisons, d'autant que l'arrêté concerné est demeuré inchangé jusqu'à ce jour.

En premier lieu, cette méthode a pour conséquence que le Conseil d'Etat se voit soumettre un texte dont les dispositions ont déjà été soumises, dans une large mesure, à son avis (1).

Ensuite, la méthode utilisée comporte le risque que, par leur nouvelle promulgation, certaines dispositions déjà inscrites de manière définitive dans l'ordre juridique, soient à nouveau susceptibles, pendant un délai déterminé,

(1) Voir l'avis n° L. 23.200/1 du 19 mai 1994 sur un projet d'arrêté royal "relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications", dont est issu l'arrêté royal du 26 juillet 1994.

d'un recours en annulation devant la section d'administration du Conseil d'Etat.

Enfin, il faut relever que la méthode utilisée ne procurera en aucune manière plus de clarifications au justiciable. Au contraire, eu égard notamment à la complexité de la réglementation relative aux marchés publics, il convient de disposer d'un texte indiquant avec minutie les modifications et ajouts par rapport à la réglementation actuelle, afin d'éviter toute ambiguïté ou tout travail de recherche inutile.

Mieux vaudrait, dès lors, refondre le projet en un arrêté modificatif de l'arrêté royal du 26 juillet 1994.

EXAMEN DU TEXTE.

Préambule.

1. Au deuxième alinéa du préambule, il conviendrait d'écrire : "Vu la directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992" et de supprimer, à la fin, la mention "(92/13/CEE)". La même observation vaut, mutatis mutandis, en ce qui concerne les troisième et quatrième alinéas du préambule.

2. Au cinquième alinéa du préambule, il y aurait lieu d'écrire "et approuvé par la loi du 23 décembre 1994".

3. Au sixième alinéa du préambule, il faudrait indiquer la date de l'avis de la Commission des marchés publics.

.../...

4. Le huitième alinéa du préambule est superflu, dès lors que la formule de proposition fait mention de l'avis des ministres qui en ont délibéré en conseil.

Article 3.

La règle énoncée à l'alinéa 3 du paragraphe 3 doit se rapprocher davantage de l'article 14, § 5, de la directive précitée 93/38/CEE qu'elle entend transposer.

Article 4.

Au 5º, il y aurait lieu de faire référence à l'article 36 du Traité instituant la Communauté européenne et non à l'article 36 d'un "Traité instituant l'Union européenne". En effet, ce dernier acte - plus exactement le Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992 - a uniquement apporté un nombre de modifications au Traité instituant la Communauté européenne (1), mais il ne l'a pas remplacé. La même observation vaut en ce qui concerne l'article 16, § 2, du projet.

(1) dont le remplacement, dans son intitulé, des mots "Communauté économique européenne" par les mots "Communauté européenne".

De kamer was samengesteld uit

de Heren : J. DE BRABANDERE,
Messieurs :

M. VAN DAMME,
D. ALBRECHT,

Mevrouw : A. BECKERS,
Madame :

La chambre était composée de

kamervoorzitter,
président de chambre,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. D. ALBRECHT.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. E. VANHERCK, adjunct-referendaris.

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

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. E. VANHERCK, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS.

J. DE BRABANDERE.