

KONINKRIJK BELGIË

ROYAUME DE BELGIQUE

ADVIES 33.569/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

Avis 33.569/1

DE LA SECTION DE LEGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 3 juni 2002 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging op het gebied van betalingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken", heeft op 9 juli 2002 het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 3 juin 2002, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "modifiant, en matière de paiements, l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics", a donné le 9 juillet 2002 l'avis suivant :

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

Het om advies voorgelegde ontwerp strekt ertoe het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, in overeenstemming te brengen met de richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

De ontworpen wijzigingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 vormen slechts een onderdeel van de aanpassing van de Belgische reglementering waartoe de genoemde richtlijn 2000/35/EG noopt. Het merendeel van de omzettingsmaatregelen - die niet de overheidsopdrachten, doch wel de transacties tussen ondernemingen betreffen - dient immers door de wetgever te worden genomen en vormt momenteel het voorwerp van twee met het oog daarop bij de Kamer van volksvertegenwoordigers ingediende wetsontwerpen ¹.

Voor de ontworpen wijzigingen van het koninklijk besluit van 26 september 1996 kan rechtsgrond worden gevonden in de artikelen 1, § 1, tweede lid, en 24, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Artikel 1, § 1, tweede lid, van die wet maakt de Koning immers bevoegd om de inrichting vast te leggen van de gunningsprocedures evenals de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten. Artikel 24, eerste lid, van dezelfde wet stelt dat een concessie voor openbare werken mag worden toegekend onder de door de Koning bepaalde voorwaarden.

(1) Zie het ontwerp van wet "betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties" (Parl.St., Kamer, 2001-2002, nr. 1827/1) en het ontwerp van wet "aangaande de vordering tot staking van de inbreuken op de wet van (...) tot bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties" (Parl.St., Kamer, 2001-2002, nr. 1828/1).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

Het opschrift zou beter de inhoud van de ontworpen regeling weergeven indien het werd aangepast als volgt :

"Koninklijk besluit tot wijziging, wat de bestrijding van betalingsachterstand bij overheidsopdrachten en concessies voor openbare werken betreft, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken".

Aanhef

1. Het tweede lid van de aanhef dient als volgt te worden geredigeerd :

"Gelet op het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, inzonderheid op artikel 3, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 29 april 1999 en 20 juli 2000, en op artikel 15 van de bijlage, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 15 februari 1999, 20 juli 2000 en 22 april 2002;"

2. Met de in het zevende lid van de aanhef opgenomen considerans wordt tegemoet gekomen aan artikel 6, lid 1, tweede lid, van de richtlijn 2000/35/EG dat voorschrijft dat, wanneer de lidstaten de internrechtelijke bepalingen aannemen die voor de omzetting van de richtlijn noodzakelijk zijn, "in die bepalingen naar deze richtlijn (wordt) verwezen of (...) hiernaar (wordt) verwezen bij de officiële bekendmaking van die bepalingen". Het is evenwel vanuit wetgevingstechnisch oogpunt gebruikelijk dat een considerans in de aanhef van een besluit wordt opgenomen vóór de verwijzing naar de ingewonnen adviezen en verleende akkoorden. In casu komt zulks erop neer dat de considerans in de aanhef van het om advies voorgelegde ontwerp wordt opgenomen in een lid dat onmiddellijk volgt op de verwijzing naar het te wijzigen koninklijk besluit van 26 september 1996.

Artikel 1

1. In de inleidende zin van artikel 1 van het ontwerp volstaat het te schrijven :

"... en van de concessies voor openbare werken, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 29 april 1999 en 20 juli 2000, worden de volgende wijzigingen aangebracht :".

2. Ervan uitgaande dat het effectief de bedoeling is om artikel 3 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 aan te vullen met een afzonderlijk lid, dient de Nederlandse tekst van artikel 1, 1°, van het ontwerp, naar analogie van de Franse tekst, aan te vangen als volgt :

"1° § 1 wordt aangevuld met het volgende lid :".

3. Ter wille van de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp, wordt op het einde van de Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling onder artikel 1, 1°, van het ontwerp, beter geschreven "... wordt voor niet geschreven gehouden" in plaats van "... wordt als niet bestaande beschouwd".

De Nederlandse tekst van de ontworpen bepaling onder artikel 1, 2°, van het ontwerp, dient op dezelfde wijze te worden aangepast.

Artikel 2

1. Op het einde van de inleidende zin van artikel 2 van het ontwerp schrijven men :

"... van hetzelfde besluit, gewijzigd bij de koninklijke besluiten van 15 februari 1999, 20 juli 2000 en 22 april 2002, worden de volgende wijzigingen aangebracht :".

2. De wijzigingen die artikel 2, 1°, van het ontwerp beoogt aan te brengen in artikel 15 van de algemene aannemingsvoorwaarden blijven beperkt tot paragraaf 1, 3°, van dat artikel. Het ware evenwel logisch en meer coherent indien de wijzigingen ook werden betrokken op paragraaf 1, 2°, van het genoemde artikel 15. Daartoe is vereist dat artikel 2, 1°, van het ontwerp wordt opgesplitst in drie nieuwe onderdelen 1°, 2° en 3°, die - rekening houdend met de aan de Raad van State, afdeling wetgeving, verstrekte uitleg - bovendien als volgt kunnen worden verduidelijkt ²:

"1° § 1, 2°, wordt aangevuld als volgt :

‘Enkel in de gevallen van betaling van het saldo van de opdracht of van enige betaling beschikt de aanbestedende overheid over een termijn van dertig kalenderdagen om deze verrichtingen uit te voeren. Deze termijn vangt aan op de dag dat de aanbestedende overheid de verklaring van schuldvordering bedoeld in 1° ontvangt’;

2° in § 1, 3°, worden het tweede en het derde lid vervangen als volgt :

‘De termijn van zestig kalenderdagen, bedoeld in het eerste lid, wordt verlengd naar rato van de overschrijding van de termijn van vijf kalenderdagen die krachtens 2° aan de aannemer wordt verleend om zijn factuur in te dienen.

Enkel in de gevallen van betaling van het saldo van de opdracht of van enige betaling vangt de termijn van zestig kalenderdagen, bedoeld in het eerste lid, aan de dag na het verstrijken van de termijn van dertig kalenderdagen waarover de aanbestedende overheid beschikt om de verrichtingen vermeld in 2° uit te voeren en wordt hij ingekort naar rato van de overschrijding van deze termijn van dertig kalenderdagen’;

3° § 1, 3°, vierde lid, wordt opgeheven".

⁽²⁾ In dat geval dienen uiteraard het 2° en 3° van artikel 2 van het ontwerp te worden vernummerd.

3. In artikel 2, 3°, van het ontwerp, zoals het om advies is voorgelegd, blijft de wijziging beperkt tot het laatste lid van artikel 15, § 4, van de algemene aannemingsvoorwaarden. Het is evenwel de vraag of niet tevens andere leden van dat artikel moeten worden aangepast teneinde in overeenstemming te zijn met de richtlijn 2000/35/EG.

Men weet immers dat artikel 3, lid 1, d), van de richtlijn de lidstaten verplicht om ervoor te zorgen dat het niveau van de interest voor betalingsachterstand ("de wettelijke interestvoet") die door de schuldenaar moet worden betaald, de interestvoet is die door de Europese Centrale Bank wordt gehanteerd voor haar meest recente basisherfinancieringstransactie vóór de eerste kalenderdag van het betreffende halfjaar ("de referentie-interestvoet"), vermeerderd met ten minste zeven procentpunten (de "marge"), behoudens andersluidende bepalingen in het contract. Volgens wat de gemachtigde van de regering in dat verband aan de Raad van State, afdeling wetgeving, heeft meegedeeld, zou zulks op dit ogenblik impliceren dat een interestvoet van elf of twaalf procent moet worden toegepast.

Artikel 15, § 4, eerste lid, van de algemene aannemingsvoorwaarden refereert evenwel aan "de rentevoet van de marginale beleningsfaciliteit van de Europese Centrale Bank geldig op de laatste dag van de maand voorafgaande aan deze waarin de vertraging optreedt, verhoogd met een marge van 1,5 pct.", wat - steeds volgens de gemachtigde van de regering - zou overeenstemmen met een interestvoet van bijna zeven procent.

Er is bijgevolg een discrepantie tussen de toe te passen interestvoeten overeenkomstig, enerzijds, het bepaalde in artikel 3, lid 1, d), van de richtlijn 2000/35/EG en, anderzijds, het ongewijzigd gebleven artikel 15, § 4, eerste lid, van de algemene aannemingsvoorwaarden. Die discrepantie kan volgens de Raad van State, afdeling wetgeving, niet worden gebillijkt door het gegeven dat in artikel 3, lid 1, d), van de richtlijn wordt verwezen naar de uitzondering betreffende "andersluidende bepalingen in het contract", ermee rekening houdend dat de in artikel 15, § 4, van de algemene aannemingsvoorwaarden opgenomen bepalingen bezwaarlijk als "contractuele bepalingen", in de zin van de richtlijn kunnen worden beschouwd, doch integendeel moeten worden geacht een verordenend karakter te hebben.

Het komt de Raad van State, afdeling wetgeving, derhalve voor dat ook artikel 15, § 4, eerste lid, van de algemene aannemingsvoorwaarden aanpassing behoeft in het licht van de richtlijn 2000/35/EG, met dien verstande dat, indien dergelijke aanpassing met zich zou brengen dat de ontworpen regeling budgettaire gevolgen heeft³, het ontwerp voor akkoordbevinding zal moeten worden voorgelegd aan de Minister van Begroting.

⁽³⁾ Naar het zeggen van de gemachtigde van de regering wordt er nu van uitgegaan dat het ontwerp geen weerslag heeft op de inkomsten en de uitgaven van de Staat.

PORTEE ET FONDEMENT LEGAL DU PROJET

Le projet soumis pour avis entend aligner l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics sur la directive 2000/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.

Les modifications en projet de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 ne constituent qu'une partie de l'ajustement de la réglementation belge commandé par la directive 2000/35/CE précitée. La plupart des mesures de transposition - qui ne concernent pas les marchés publics mais bien les transactions entre entreprises - doivent en effet être prises par le législateur et font actuellement l'objet de deux projets de loi déposés dans ce but à la Chambre des représentants ¹.

Les modifications en projet de l'arrêté royal du 26 septembre 1996 peuvent tirer leur fondement légal des articles 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, et 24, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. L'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, de cette loi, habilite en effet le Roi à fixer l'organisation des modes de passation ainsi que les règles générales d'exécution des marchés publics. L'article 24, alinéa 1^{er}, de la même loi dispose qu'une concession de travaux publics peut être octroyée dans les conditions déterminées par le Roi.

(1) Voir le projet de loi "concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales" (Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n° 1827/1) et le projet de loi "relative à l'action en cessation des infractions à la loi du (...) concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales" (Doc. parl., Chambre, 2001/2002, n° 1828/1).

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

L'intitulé refléterait mieux la teneur de la réglementation en projet s'il était adapté comme suit:

"Arrêté royal modifiant, en ce qui concerne la lutte contre le retard de paiement dans le cadre de marchés publics et de concessions de travaux publics, l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics".

Préambule

1. Le deuxième alinéa du préambule doit être rédigé de la manière suivante:

"Vu l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics, notamment l'article 3, modifié par les arrêtés royaux des 29 avril 1999 et 20 juillet 2000, et l'article 15 de l'annexe, modifié par les arrêtés royaux des 15 février 1999, 20 juillet 2000 et 22 avril 2002;"

2. Le considérant inscrit dans le septième alinéa du préambule se conforme à la prescription de l'article 6, paragraphe 1, de la directive 2000/35/CE suivant laquelle, lorsque les Etats membres adoptent les dispositions de droit interne nécessaires à la transposition de la directive, "celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle". Il est néanmoins d'usage, sur le plan légistique, qu'un considérant soit inscrit dans le préambule d'un arrêté avant la référence aux avis recueillis et aux accords donnés. En l'espèce, cela implique que le considérant soit inscrit dans le préambule du projet soumis pour avis dans un alinéa suivant immédiatement la référence à l'arrêté royal du 26 septembre 1996 à modifier.

Article 1^{er}

1. Dans la phrase liminaire de l'article 1^{er} du projet, il suffit d'écrire :

"... et des concessions des travaux publics, modifié par les arrêtés royaux des 29 avril 1999 et 20 juillet 2000, sont apportées les modifications suivantes:".

2. A supposer que l'intention est effectivement de compléter par un alinéa distinct l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1996, le texte néerlandais de l'article 1^{er}, 1°, du projet devra, par analogie avec le texte français, commencer de la manière suivante :

"1° § 1 wordt aangevuld met het volgende lid :".

3. Par souci de concordance entre le texte français et le texte néerlandais du projet, il vaut mieux écrire à la fin du texte néerlandais de la disposition en projet énoncée à l'article 1^{er}, 1°, du projet "... wordt voor niet geschreven gehouden" au lieu de "... wordt als niet bestaande beschouwd".

Le texte néerlandais de la disposition en projet énoncée à l'article 1^{er}, 2°, du projet doit être adapté de la même manière.

Article 2

1. A la fin de la phrase liminaire de l'article 2 du projet, il convient d'écrire :

"... du même arrêté, modifié par les arrêtés royaux des 15 février 1999, 20 juillet 2000 et 22 avril 2002, sont apportées les modifications suivantes:".

2. Les modifications que l'article 2, 1°, du projet entend apporter à l'article 15 du cahier général des charges restent limitées au paragraphe 1^{er}, 3°, de cet article. Il serait toutefois logique et plus cohérent de les faire également porter sur le paragraphe 1^{er}, 2°, de l'article 15 visé. A cet égard, il faut scinder l'article 2, 1°, du projet en trois nouvelles subdivisions 1°, 2° et 3°, qui - compte tenu des explications fournies au Conseil d'Etat, section de législation - peuvent en outre être précisées de la manière suivante ² :

"1° le § 1^{er}, 2°, est complété par la disposition suivante :

'Dans les seuls cas de paiements relatifs au solde du marché ou de paiement unique, le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai de trente jours de calendrier pour procéder à ces opérations. Ce délai prend cours à compter du jour de la réception, par le pouvoir adjudicateur, de la déclaration de créance visée au 1°';

2° au § 1^{er}, 3°, les alinéas 2 et 3 sont remplacés par les alinéas suivants :

'Le délai de soixante jours de calendrier, visé à l'alinéa 1^{er}, est prolongé à concurrence du dépassement du délai de cinq jours de calendrier qui, en vertu du 2°, est réservé à l'entrepreneur pour introduire sa facture.

Dans les seuls cas de paiements relatifs au solde du marché ou de paiement unique, le délai de soixante jours de calendrier, visé à l'alinéa 1^{er}, prend cours le lendemain de l'expiration du délai de trente jours de calendrier dont dispose le pouvoir adjudicateur pour procéder aux opérations mentionnées au 2° et est réduit à concurrence du dépassement de ce délai de trente jours de calendrier';

3° le § 1^{er}, 3°, alinéa 4, est abrogé".

3. Dans l'article 2, 3°, du projet, tel qu'il a été soumis pour avis, la modification reste limitée au dernier alinéa de l'article 15, § 4, du cahier général des charges. La question est toutefois de savoir s'il n'y a pas également lieu d'adapter d'autres alinéas de cet article afin d'être conforme à la directive 2000/35/CE.

(2) Dans ce cas, la numérotation des 2° et 3° de l'article 2 du projet devra naturellement être modifiée.

En effet, l'on sait que l'article 3, paragraphe 1, d), de la directive oblige les Etats membres à veiller à ce que le taux d'intérêt pour retard de paiement ("taux légal") que le débiteur est obligé d'acquitter corresponde au taux d'intérêt de la principale facilité de refinancement appliquée par la Banque centrale européenne (BCE) à son opération de refinancement principal la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre en question ("taux directeur"), majoré d'un minimum de sept points ("marge"), sauf dispositions contraires figurant dans le contrat. Selon ce qu'a communiqué à ce sujet le délégué du gouvernement au Conseil d'Etat, section de législation, cela impliquerait pour l'instant l'application d'un taux d'intérêt de onze ou douze pour cent.

L'article 15, § 4, alinéa 1^{er}, du cahier général des charges fait cependant référence au "taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne qui est en vigueur le dernier jour du mois précédant celui au cours duquel le retard a lieu, augmenté d'une marge de 1,5 p.c.", ce qui - toujours selon le délégué du gouvernement - correspondrait à un taux d'intérêt de près de sept pour cent.

Il existe par conséquent une discordance entre les taux d'intérêt à appliquer conformément, d'une part, à la règle énoncée à l'article 3, paragraphe 1, d), de la directive 2000/35/CE et, d'autre part, à l'article 15, § 4, alinéa 1^{er}, inchangé, du cahier général des charges. Selon le Conseil d'Etat, section de législation, cette discordance ne peut se justifier par le fait que l'article 3, paragraphe 1, d), de la directive fait référence à l'exception relative aux "dispositions contraires figurant dans le contrat", compte tenu de ce que les dispositions inscrites à l'article 15, § 4, du cahier général des charges peuvent difficilement être considérées comme des "dispositions contractuelles" au sens de la directive, mais qu'elles doivent au contraire être censées avoir un caractère réglementaire.

Le Conseil d'Etat, section de législation, estime dès lors que l'article 15, § 4, alinéa 1^{er}, du cahier général des charges doit être adapté à la lumière de la directive 2000/35/CE, étant entendu que, si pareille adaptation impliquait que la réglementation en projet devait avoir un impact budgétaire ³, le projet devrait être soumis à l'accord du Ministre du Budget.

(3) Selon le délégué du gouvernement, on considère actuellement que le projet n'a aucun impact sur les recettes et les dépenses de l'Etat.

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren
Messieurs

M. VAN DAMME,

kamervoorzitter,
président de chambre,

J. BAERT,
J. SMETS,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

G. SCHRANS,
A. SPRUYT,

assessoren van de afdeling wetgeving,
assesseurs de la section de législation,

Mevrouw
Madame

A. BECKERS,

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. M. VAN DAMME.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. J. DRIJKONINGEN, eerste referendaris.

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

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. J. DRIJKONINGEN, premier référendaire.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME