

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 40.101/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 22 maart 2006 door de Voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over de amendementen nrs 13 en 14 (Doc 51 2237/008) op het wetsontwerp "overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten", heeft op 28 maart 2006 het volgende advies gegeven:

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd

"door het feit dat de Europese richtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG reeds op 31 januari 2006 in het Belgisch recht hadden moeten zijn omgezet".

*
* *

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, heeft de afdeling wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond ¹ en van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

STREKKING VAN DE AMENDEMENTEN

Amendement nr. 13 ² strekt ertoe de omschrijving van het begrip "aanbestedende overheid", in artikel 2, 1° (niet: artikel 2, eerste lid, 1°), van het ontwerp van wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, expliciet uit te breiden tot "de privaatrechtelijke universitaire instellingen voor die opdrachten welke gesubsidieerd worden door de overheid". De bedoeling is, dat als gevolg van die uitbreiding, de betrokken privaatrechtelijke universitaire instellingen onder de vermelde voorwaarden zouden worden onderworpen aan de ontworpen wetgeving op de overheidsopdrachten.

⁽¹⁾ Aangezien het om amendementen op een ontwerp van wet gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsnormen.

⁽²⁾ *Parl. St. Kamer*, DOC 51 2237/008, p. 1-2.

In bijkomende orde, want enkel van toepassing ingeval de aanvulling van artikel 2, 1°, van het voornoemde ontwerp van wet bij amendement nr. 13, geen doorgang vindt, strekt amendement nr. 14³ ertoe het bepaalde in artikel 2, 1°, d, derde streepje, van hetzelfde ontwerp van wet, te vervolledigen, zodat die bepaling zou luiden:

"In deze wet wordt verstaan onder:

1° aanbestedende overheid :

(...);

d. de rechtspersonen⁴, welke ook hun vorm en aard mogen zijn, die op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan:

- opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en
- rechtspersoonlijkheid hebben, en
- waarvan

ofwel de werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd worden door de overheden of instellingen vermeld in 1°, a, b of c; de privaatrechtelijke personen die aan die voorwaarde voldoen, worden evenwel alleen als aanbestedende overheid beschouwd voor hun opdrachten die door de overheden worden gesubsidieerd;

(...)".

(3) *Parl. St. Kamer*, DOC 51 2237/008, p. 2-3.

(4) De voorwaarden die in artikel 2, 1°, d, van het wetsontwerp worden opgelegd aan "de rechtspersonen" zijn die welke in richtlijnen 93/37/EEG en 2004/18/EG worden vermeld ter omschrijving van het begrip "publiekrechtelijke instelling (zie artikel 1, b), tweede alinea, van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, en artikel 1, sub 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten).

ONDERZOEK VAN AMENDEMENT NR. 13

1. In de verantwoording bij het amendement wordt erop gewezen dat het bestaande artikel 4, § 2, 9°, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, wordt overgenomen. Deze vaststelling ten spijt, moet worden opgemerkt dat niet duidelijk is welke precieze bedoeling ten grondslag ligt van het amendement.

Indien de indieners van het amendement het ontworpen artikel 2, 1°, f, zien als een bepaling die complementair is ten aanzien van artikel 2, 1°, d, van het ontwerp van wet en er bijgevolg geen afbreuk aan doet, stuit het amendement op het eerste gezicht niet op problemen van verenigbaarheid met de toepasselijke Europese regelgeving⁵. De indieners van het amendement gaan er dan immers van uit dat de privaatrechtelijke universitaire instellingen volledig onder de toepassing van de ontworpen overheidsopdrachtenwet vallen indien ze beantwoorden aan de voorwaarden die in artikel 2, 1°, d, van het wetsontwerp worden gesteld ten aanzien van de erin bedoelde rechtspersonen. Privaatrechtelijke universitaire instellingen die niet aan de laatstgenoemde voorwaarden beantwoorden, zouden in die optiek evenwel toch als een "aanbestedende overheid" worden beschouwd "voor die opdrachten welke gesubsidieerd worden door de overheid", zoals bepaald in het ontworpen artikel 2, 1°, f.

Indien de indieners van het amendement het ontworpen artikel 2, 1°, f, echter zouden willen concipiëren als een op zich staande bepaling, specifiek voor de privaatrechtelijke universitaire instellingen en waarbij die instellingen zouden worden onttrokken aan het toepassingsgebied van artikel 2, 1°, d, van het wetsontwerp, moet worden vastgesteld dat het ontworpen artikel 2, 1°, f, in te absolute bewoordingen is geformuleerd om verenigbaar te kunnen worden geacht met het bepaalde in artikel 1, b), tweede alinea, van de reeds genoemde richtlijn 93/37/EEG, zoals dat wordt geïnterpreteerd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, en met artikel 1, lid 9, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG, dat een analoge bepaling bevat.

⁽⁵⁾ Zie evenwel de opmerking onder 2.

In het arrest van het Hof van Justitie van 3 oktober 2000 in de zaak C-380/98, *The Queen en H.M. Treasury t/ The University of Cambridge* ⁶, heeft het Hof immers gewezen dat het begrip "(financiering) in hoofzaak (door de Staat)" in onder meer artikel 1, b), tweede lid, derde streepje, van richtlijn 93/37/EEG, zo moet worden uitgelegd dat die financiering meer dan de helft impliceert en dat de kwalificatie van een privaatrechtelijke universitaire instelling als aanbestedende dienst moet geschieden op jaarbasis ⁷.

De voorwaarde inzake de mate van overheidsfinanciering van privaatrechtelijke universitaire instellingen, zoals voorgeschreven door de voornoemde richtlijnbepalingen, en meteen ook de vraag omtrent het al dan niet onderworpen zijn van dergelijke instellingen aan de regeling van de overheidsopdrachten, wordt door het Hof van Justitie derhalve op een genuanceerde wijze beoordeeld. Met die genuanceerde beoordeling is dan niet in overeenstemming de zinsnede "voor die opdrachten welke gesubsidieerd worden door de overheid" in het amendement nr. 13.

Uit wat voorafgaat volgt dat de indieners van het amendement duidelijker de draagwijdte van het ontworpen artikel 2, 1°, f, en de eraan ten grondslag liggende bedoeling moeten expliciteren, rekening houdende met hetgeen nu reeds in artikel 2, 1°, d, van het te amenderen wetsontwerp wordt bepaald. Daarbij dienen ze voldoende oog te hebben voor de aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie.

2. Afgezien van de opmerkingen onder 1, rijst de vraag waarom het toepassingsgebied van het ontworpen artikel 2, 1°, f, beperkt blijft tot de privaatrechtelijke universitaire instellingen en geen betrekking heeft op andere privaatrechtelijke instellingen, zoals wel het geval is bij het amendement nr. 14. Dergelijk onderscheid tussen categorieën van privaatrechtelijke instellingen dient in het licht van het grondwettelijke beginsel van de gelijkheid en de niet-discriminatie op objectieve en in redelijkheid verantwoorde motieven te berusten en het aldus gemaakte onderscheid moet in een evenredige verhouding staan

⁽⁶⁾ Zie eerder ook H.v.J., 15 januari 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG en Strohal Rotationsdruck GesmbH*.

⁽⁷⁾ Over dat arrest zie o.m. J. DE STAERCKE, "De toepassing van de algemene reglementering overheidsopdrachten op privaatrechtelijke (onderwijs)instellingen na het Cambridge-arrest van het Hof van Justitie", *R.W.* 2002-2003, p. 161-174.

tot het doel dat ermee wordt nagestreefd. Het staat aan de indieners van het amendement om ervoor te waken dat, rekening houdende met het voorgaande, het aldus gemaakte onderscheid tussen categorieën van privaatrechtelijke instellingen naar behoren kan worden verantwoord.

ONDERZOEK VAN AMENDEMENT NR. 14

In de mate dat de ontworpen aanvulling van artikel 2, 1°, d, derde streepje, van het wetsontwerp, de regeling slechts van toepassing maakt voor "opdrachten die door de overheden worden gesubsidieerd", kan worden verwezen naar de opmerking die in dat verband is gemaakt onder 1 bij amendement nr. 13.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
Mevrouw	G. VERBERCKMOES,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, eerste auditeur-wnd.
afdelingshoofd.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 40.101/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Président de la Chambre des représentants, le 22 mars 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur les amendements n^{os} 13 et 14 (DOC 51 2237/008) au projet de loi "relatif aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services", a donné le 28 mars 2006 l'avis suivant:

Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée

"door het feit dat de Europese richtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG reeds op 31 januari 2006 in het Belgisch recht hadden moeten zijn omgezet".

*

* *

Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la section de législation s'est limitée à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ¹ et de l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE DES AMENDEMENTS

L'amendement n° 13 ² vise à étendre explicitement la définition de la notion de "pouvoir adjudicateur", figurant à l'article 2, 1° (pas: article 2, alinéa 1^{er}, 1°), du projet de loi relatif aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, aux "institutions universitaires de droit privé pour ceux de leurs marchés qui sont subventionnés par les pouvoirs publics". L'objectif de cette extension est de soumettre, dans les conditions mentionnées, les institutions universitaires de droit privé concernées à la législation en projet relative aux marchés publics.

Subsidiairement, dès lors qu'il ne trouve à s'appliquer que si l'ajout que l'amendement n° 13 propose d'insérer dans l'article 2, 1°, du projet de loi précité, n'était pas

⁽¹⁾ S'agissant d'amendements à un projet de loi, on entend par fondement juridique la conformité aux normes juridiques supérieures.

⁽²⁾ *Doc. parl.*, Chambre, DOC 51 2237/008, pp. 1-2.

adopté, l'amendement n° 14 ³ entend compléter la disposition de l'article 2, 1°, d, troisième tiret, du même projet, en sorte que cette disposition s'énoncerait comme suit:

"Au sens de la présente loi, on entend par:

1° pouvoir adjudicateur:

(...);

d. les personnes ⁴, quelles que soient leur forme et leur nature qui, à la date de la décision de lancer un marché:

- ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et
- sont dotées d'une personnalité juridique, et
- dont

soit l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au 1°, a, b, c; les personnes de droit privé remplissant cette condition ne sont cependant réputées pouvoirs adjudicateurs que pour ceux de leurs marchés subventionnés par les pouvoirs publics;

(...)".

EXAMEN DE L'AMENDEMENT N°13

(3) *Doc., parl. Chambre, DOC 51 2237/008, pp. 2-3.*

(4) Les conditions que l'article 2, 1°, d, du projet de loi impose aux "personnes" (morales) sont celles visées par les directives 93/37/CEE et 2004/18/CE pour définir la notion d'"organisme de droit public" (voir l'article premier, b), deuxième alinéa, de la directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, et l'article 1^{er}, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services).

1. La justification de l'amendement souligne que celui-ci reproduit l'actuel article 4, § 2, 9°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services. En dépit de cette constatation, il y a lieu d'observer que l'intention qui préside au dépôt de cet amendement reste imprécise.

Si les auteurs de l'amendement voient dans l'article 2, 1°, f, en projet une disposition complétant l'article 2, 1°, d, du projet de loi et qui, par conséquent, n'y déroge pas, l'amendement ne pose à première vue pas de problème de compatibilité avec la réglementation européenne applicable⁵. Dans cette hypothèse, les auteurs de l'amendement considèrent en effet que les institutions universitaires de droit privé sont entièrement soumises à l'application de la loi relative aux marchés publics en projet si elles répondent aux conditions prévues à l'article 2, 1°, d, du projet de loi pour les personnes morales qui y sont visées. Dans cette optique, les institutions universitaires de droit privé ne répondant pas aux conditions précitées devraient néanmoins être considérées comme un "pouvoir adjudicateur" "pour ceux de leurs marchés qui sont subventionnés par les pouvoirs publics", comme le précise l'article 2, 1°, f, en projet.

Si, en revanche, les auteurs de l'amendement entendaient concevoir l'amendement à l'article 2, 1°, f, en projet comme une disposition autonome, spécifique aux institutions universitaires de droit privé, soustrayant celles-ci au champ d'application de l'article 2, 1°, d, du projet de loi, force est de constater que l'article 2, 1°, f, est formulé en des termes trop absolus pour qu'il puisse être jugé compatible avec la disposition de l'article premier, b), deuxième paragraphe, de la directive 93/37/CEE précitée dans l'interprétation que lui donne la Cour de justice des Communautés européennes et avec l'article premier, paragraphe 9, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE, qui contient une disposition analogue.

⁽⁵⁾ Voir cependant l'observation 2.

Dans son arrêt du 3 octobre 2000, dans l'affaire C-380/98, *The Queen et H.M. Treasury c/ The University of Cambridge* ⁶, la Cour de justice a d'ailleurs souligné que la notion de "(financement) majoritaire (par l'État)" figurant notamment à l'article 1^{er}, b), deuxième alinéa, troisième tiret, de la directive 93/37/CEE doit être interprété comme signifiant "plus de la moitié" et que la qualification de "pouvoir adjudicateur" d'une institution universitaire de droit privé doit être effectuée sur une base annuelle ⁷.

La Cour de justice apprécie donc d'une manière nuancée la condition relative à la mesure du financement par les pouvoirs publics des institutions universitaires de droit privé, telle que prescrite par les dispositions des directives précitées et, portant, la question de savoir si de telles institutions sont ou non soumises aux règles des marchés publics. Le membre de phrase de l'amendement n° 13 "pour ceux de leurs marchés qui sont subventionnés par les pouvoirs publics" n'est dès lors pas conciliable avec cette appréciation nuancée.

Il s'ensuit que les auteurs de l'amendement doivent expliciter davantage la portée et l'objectif de l'article 2, 1°, f, en projet, eu égard à ce que prévoit déjà l'article 2, 1°, d, du projet de loi à amender. Ils doivent également tenir compte de la jurisprudence citée de la Cour de justice.

2. Abstraction faite des observations formulées au point 1, on se demande pourquoi le champ d'application de l'article 2, 1°, f, en projet ne vise ici, à la différence de l'amendement n° 14, que les institutions universitaires de droit privé et non pas les autres institutions de droit privé. Une telle distinction entre des catégories d'institutions de droit privé doit, au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, reposer sur des motifs objectifs et raisonnablement justifiés et se trouver dans un rapport de proportionnalité avec l'objectif poursuivi. Il appartient dès lors aux auteurs de l'amendement de veiller à ce que, compte tenu de ce qui précède, la distinction ainsi opérée entre des catégories d'institutions de droit privé soit susceptible d'être dûment justifiée.

(6) Voir par le passé aussi CJCE, 15 janvier 1998, C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG et Strohal Rotationsdruck GesmbH*.

(7) Au sujet de cet arrêt, voir notamment J. DE STAERCKE, "De toepassing van de algemene reglementering overheidsopdrachten op privaatrechtelijke (onderwijs)instellingen na het Cambridge-arrest van het Hof van Justitie", *R.W.* 2002-2003, pp. 161-174.

EXAMEN DE L'AMENDEMENT N° 14

Dans la mesure où l'ajout en projet à l'article 2, 1°, d, troisième tiret, du projet de loi ne rend le régime applicable qu'aux "marchés subventionnés par les pouvoirs publics", on peut, à cet égard, renvoyer à l'observation 1 relative à l'amendement n° 13.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
Madame	G. VERBERCKMOES,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, premier auditeur chef de section ff.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME