

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.773/1

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 5 april 2007 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten en het koninklijk besluit van 18 juni 1996 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 postdiensten", heeft op 26 april 2007 het volgende advies gegeven:

STREKKING VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit beoogt, luidens artikel 1 ervan, de omzetting in het Belgische recht van artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992 ¹ en van artikel 49 van richtlijn 2004/17/EG van 31 maart 2004 ². Artikel 1, lid 1, van richtlijn 92/13/EEG legt in het algemeen de verplichting op om ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende overheden en aanbestedende diensten genomen beslissingen een beroep "doeltreffend en vooral zo snel mogelijk" kan worden ingesteld. Artikel 2, lid 1, a tot c, van die richtlijn bepaalt voorts dat de lidstaten de doeltreffendheid kunnen waarborgen, hetzij door te voorzien in de mogelijkheid om in kort geding voorlopige maatregelen te nemen en om de nietigverklaring van de onwettige besluiten te verkrijgen, hetzij door te voorzien in andere maatregelen, zoals het uitschrijven van een betalingsopdracht wanneer de inbreuk niet ongedaan gemaakt c.q. voorkomen wordt. Artikel 49 van richtlijn 2004/17/EG verduidelijkt welke inlichtingen en verantwoordingen de aanbestedende overheden en aanbestedende diensten aan de kandidaten en inschrijvers moeten verstrekken in de verschillende stadia van een gunningsprocedure of bij de invoering en het beheer van een kwalificatiesysteem.

2. Met het oog hierop worden in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de artikelen 41*sexies* en 62*bis* ingevoegd, waarvan de inhoud, afgezien van enkele verschilpunten betreffende de "standstill"-verplichting (paragraaf 2), telkens overeenstemt met de inhoud van artikel 21*bis* van dezelfde wet, dat van toepassing is op de zogenaamde "klassieke sectoren", waarvan de in het ontwerp bedoelde "nutssectoren"

(1) Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie.

(2) Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

moeten worden onderscheiden (artikelen 3 en 4 van het ontwerp). Het ontwerp bevat daarnaast nog een aantal wijzigingen van ondergeschikt belang, meer bepaald een wijziging van artikel 41 van voornoemde wet (artikel 2 van het ontwerp) en wijzigingen van de koninklijke besluiten van 10 januari 1996 ³ en van 18 juni 1996 ⁴ (artikelen 5, 6 en 7 van het ontwerp).

RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Luidens het eerste lid van de aanhef van het ontwerp beoogt de ontworpen regeling rechtsgrond te vinden in artikel 65 van de wet van 24 december 1993. Dat artikel luidt:

"De Koning kan de maatregelen nemen, met inbegrip van de opheffing, aanvulling, wijziging of vervanging van wetsbepalingen, die nodig zijn om de omzetting te verzekeren van de verplichte bepalingen die voortvloeien uit het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap en de internationale maatregelen die genomen werden krachtens dit verdrag en die, enerzijds, de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen betreffen bedoeld in dit boek, en anderzijds, de opdrachten voor aanneming van diensten die zullen onderworpen worden aan de voornoemde verplichte bepalingen.

De maatregelen zullen het voorwerp uitmaken van een verslag dat zal voorgelegd worden aan de wetgevende Kamers in de loop van de zitting indien zij vergaderen, zo niet bij de aanvang van hun eerstvolgende zitting".

2. Aangezien de met de artikelen 2, 3 en 5 ontworpen wijzigingen betrekking hebben op de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen bedoeld in boek I van de wet van 24 december 1993, dient ook artikel 43, § 1, van die wet bij het onderzoek van de rechtsgrond te worden betrokken. Artikel 43, § 1, luidt:

(3) Koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten.

(4) Koninklijk besluit van 18 juni 1996 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 postdiensten.

"De Koning kan, voor de overheidsopdrachten en de concessies van openbare werken onderworpen aan dit boek, elke maatregel, met inbegrip van de opheffing, aanvulling, wijziging of vervanging van wetsbepalingen, nemen die nodig is om de omzetting te verzekeren van de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap en de internationale maatregelen die krachtens dit verdrag genomen werden.

Deze maatregelen zullen het voorwerp uitmaken van een verslag dat zal voorgelegd worden aan de wetgevende Kamers in de loop van de zitting indien zij vergaderen, zo niet bij de aanvang van hun eerstvolgende zitting".

3. Een grondwetsconforme lezing van voornoemde wetsbepalingen leidt tot de vaststelling dat de Koning op grond van die bepalingen slechts gemachtigd is om maatregelen te nemen die betrekking hebben op aangelegenheden waarin er in hoofde van de Koning geen of bijna geen beleidskeuze is, die met andere woorden slechts de omzetting zijn van internationaalrechtelijke "verplichte bepalingen" of "verplichtingen", in de zin van voornoemde wetsbepalingen. Er anders over oordelen heeft immers tot gevolg dat aan die machtigingen een dermate verregaande draagwijdte moet worden toebedeeld dat zij niet in overeenstemming kunnen worden geacht met de grondwettelijke beginselen die de verhouding regelen tussen de wetgevende en de uitvoerende macht. Een dergelijke ruime machtiging zou enkel aanvaardbaar kunnen worden geacht indien zij betrekking heeft op aangelegenheden die ze uitdrukkelijk, nauwkeurig en limitatief opsomt, en er zodanige uitzonderlijke omstandigheden bestaan dat de wetgever zich in de onmogelijkheid bevindt om zelf de voorgenomen omzettingen tot stand te brengen, omdat de inachtneming van de parlementaire procedure hem niet in staat zou stellen om met de vereiste spoed te handelen om zulk een doelstelling van algemeen belang te verwezenlijken ⁵. In het voorliggende geval voldoen de aan de Koning verleende machtigingen echter niet aan die voorwaarden, zodat zij in voornoemde beperkte zin moeten worden gelezen.

⁽⁵⁾ Zie in dat verband onder meer: Arbitragehof, arrest nr. 100/2003 van 17 juli 2003, B.11.2, en arrest nr. 186/2005 van 14 december 2005, B.7.2.

4. Vastgesteld moet worden dat de om te zetten richtlijnbepalingen en bijgevolg ook de met het ontwerp beoogde wijzigingen, inzonderheid die welke betrekking hebben op de zogenaamde "standstill"-verplichting (zie het ontworpen artikel 41*sexies*, § 2, en het ontworpen artikel 62*bis*, § 2), essentiële beleidskeuzen impliceren die verder reiken dan het louter omzetten van "verplichte" bepalingen in de zin van voornoemde wetsbepalingen.

Ook moet worden vastgesteld dat de beleidskeuze welke met de ontworpen wijzigingen wordt gemaakt, en die erin bestaat dat voor de nutssectoren, onder meer wat de regeling van de "standstill"-verplichting betreft, wordt aangesloten bij de regeling opgenomen in artikel 21*bis*, § 2, van de wet van 24 december 1993, manifest afwijkt van de nieuwe beleidskeuze die de wetgever met de wet van 16 juni 2006⁶ op dat vlak heeft gemaakt met betrekking tot de nutssectoren (artikel 3 van die wet). Die nieuwe regeling, die bovendien nauwer aansluit bij de opmerkingen die de Europese Commissie op het vlak van de omzetting van voornoemde richtlijnbepalingen heeft geuit⁷, zal in de plaats komen van de regeling opgenomen in voornoemd artikel 21*bis* van de wet van 24 december 1993. Deze door de wetgever met betrekking tot het omzetten van voornoemde richtlijnbepalingen tot stand gebrachte regeling, welke weliswaar nog niet in werking is getreden (zie artikel 5 van de wet van 16 juni 2006), lijkt in elk geval reeds op zich het maken van een andere beleidskeuze door de Koning op dat vlak, zelfs voor een in de tijd beperkte periode, uit te sluiten.

5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de artikelen 43, § 1, en 65 van de wet van 24 december 1993 geen rechtsgrond kunnen bieden voor de artikelen 2, 3 en 4 van het ontwerp. Het komt integendeel uitsluitend aan de wetgever toe om de erin vervatte aangelegenheid te regelen.

(6) Wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

(7) Zie in dat verband het met redenen omkleed advies van de Europese Commissie van 13 januari 2004 en de brief van de Europese Commissie van 30 juni 2005 "betreffende de inbreukprocedure 2002/2055 België - "Alcatel" en diverse vragen betreffende de toepassing van de "rechtsmiddelenrichtlijnen" in België".

Aangezien de artikelen 5, 6 en 7 van het ontwerp onlosmakelijk met die artikelen zijn verbonden, ziet de Raad van State, afdeling wetgeving, ook af van een nader onderzoek van die bepalingen.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	A. SPRUYT, M. TISON,	assessoren van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. I. VOS, adjunct-auditeur.

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

A. BECKERS

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 42.773/1

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 5 avril 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et l'arrêté royal du 18 juin 1996 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 services postaux ", a donné le 26 avril 2007 l'avis suivant:

PORTÉE DU PROJET

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis vise, selon son article 1^{er}, à transposer en droit belge l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 92/13/CEE du 25 février 1992 ¹ et l'article 49 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 ². L'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 92/13/CEE prévoit d'une manière générale l'obligation de veiller à ce que des recours "efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible" puissent être formés contre les décisions prises par les autorités et les entités adjudicatrices. En outre, l'article 2, paragraphe 1, a à c, de cette directive dispose que les États membres peuvent garantir l'efficacité, soit en prévoyant la possibilité de prendre des mesures provisoires par voie de référé et d'obtenir l'annulation des décisions illégales, soit en prévoyant d'autres mesures, telle que l'émission d'un ordre de paiement lorsque l'infraction n'est pas corrigée ou évitée. L'article 49 de la directive 2004/17/CE précise les informations et les justifications que les autorités et les entités adjudicatrices doivent fournir aux candidats et aux soumissionnaires aux différents stades d'une procédure d'adjudication ou lors de l'établissement et la gestion d'un système de qualification.

2. À cet effet, le projet insère dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, les articles 41sexies et 62bis dont la teneur, à l'exception de quelques différences relatives à l'obligation de "standstill" (paragraphe 2), correspond chaque fois au contenu de l'article 21bis de la même loi, applicable aux "secteurs classiques" qui doivent être distingués des "secteurs d'utilité publique" visés dans le projet (articles 3 et 4 du projet). En outre, le projet comporte encore un certain nombre de modifications mineures, plus particulièrement une modification de l'article 41 de la loi précitée (article 2 du projet) et

(1) Directive 92/13/CEE du Conseil des Communautés européennes, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

(2) Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

des modifications des arrêtés royaux des 10 janvier 1996³ et 18 juin 1996⁴ (articles 5, 6 et 7 du projet).

FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Selon le premier alinéa du préambule du projet, le texte en projet entend trouver un fondement juridique dans l'article 65 de la loi du 24 décembre 1993. Cet article s'énonce comme suit:

"Le Roi peut prendre les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement de dispositions légales, pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité instituant la Communauté économique européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci et concernant, d'une part, les marchés de travaux et de fournitures visés par le présent livre et, d'autre part, les marchés de services qui seront soumis aux dispositions obligatoires précitées.

Ces mesures feront l'objet d'un rapport, qui sera soumis aux Chambres législatives au cours de la session, si elles sont réunies, sinon au début de leur session la plus proche".

2. Dès lors que les modifications envisagées dans les articles 2, 3 et 5 concernent les marchés de travaux et de fournitures visés dans le livre I de la loi du 24 décembre 1993, l'examen du fondement juridique doit également porter sur l'article 43, § 1^{er}, de cette loi. L'article 43, § 1^{er}, s'énonce comme suit:

"Le Roi peut prendre, pour les marchés publics et les concessions de travaux publics soumis au présent livre, les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement de dispositions légales, pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité instituant la Communauté économique européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci.

Ces mesures feront l'objet d'un rapport, qui sera soumis aux Chambres législatives au cours de la session, si elles sont réunies, sinon au début de leur session la plus proche".

(3) Arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

(4) Arrêté royal du 18 juin 1996 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 services postaux.

3. Une lecture conforme à la Constitution des dispositions législatives précitées conduit à la conclusion que le Roi n'est autorisé, sur la base de ces dispositions, qu'à prendre des mesures relatives à des matières pour lesquelles Il n'opère pas ou guère de choix politique, en d'autres termes, qui ne constituent que la transposition de "dispositions obligatoires" ou d'"obligations" de droit international, au sens des dispositions législatives précitées. En juger autrement impliquerait en effet que ces délégations doivent recevoir une portée à ce point excessive qu'elles ne pourraient pas être réputées conformes aux principes constitutionnels régissant les rapports entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Pareille délégation aussi étendue ne pourrait être réputée admissible que si elle a trait à des matières qu'elle énumère d'une manière explicite, précise et limitative et s'il existe des circonstances exceptionnelles telles que le législateur se trouve dans l'impossibilité de procéder lui-même aux transpositions envisagées parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser pareil objectif d'intérêt général ⁵. Or, en l'espèce, les habilitations faites au Roi ne satisfont pas à ces conditions, de sorte qu'il y a lieu de les interpréter de la manière restrictive indiquée ci-dessus.

4. Force est de constater que les dispositions à transposer de la directive et, partant, également les modifications envisagées par le projet, notamment celles qui ont trait à l'obligation dite de "standstill" (voir l'article 41*sexies*, § 2, en projet, et l'article 62*bis*, § 2, en projet) impliquent des choix politiques essentiels qui dépassent la simple transposition de dispositions "obligatoires" au sens des dispositions législatives précitées.

Il y a lieu de constater également que le choix politique que traduisent les modifications en projet, qui consiste à s'aligner pour les secteurs d'utilité publique, notamment en ce qui concerne la règle de l'obligation de "standstill", sur le dispositif visé à l'article 21*bis*, § 2, de la loi du 24 décembre 1993, s'écarte manifestement de la nouvelle orientation que le législateur, a adopté sur ce plan dans la loi du 16 juin 2006 ⁶ pour les secteurs d'utilité publique (article 3 de cette loi). Ces nouvelles règles qui se rapprochent en outre davantage des observations que la Commission européenne a formulées en

(⁵) Voir à ce propos notamment: Cour d'arbitrage, arrêt n/ 100/2003 du 17 juillet 2003, B.11.2, et arrêt n/ 186/2005 du 14 décembre 2005, B.7.2.

(⁶) Loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

matière de transposition des dispositions de la directive précitées ⁷, remplaceront les règles inscrites à l'article 21*bis*, précité, de la loi du 24 décembre 1993. En tout état de cause, la mesure adoptée par le législateur pour la transposition des dispositions de la directive précitée, qui n'est certes pas encore entrée en vigueur (voir l'article 5 de la loi du 16 juin 2006) semble déjà exclure par elle-même que le Roi puisse opérer un autre choix politique, même pour une période limitée dans le temps.

5. Il résulte de ce qui précède que les articles 43, § 1^{er}, et 65 de la loi du 24 décembre 1993 ne peuvent procurer de fondement juridique aux articles 2, 3 et 4 du projet. Au contraire, il appartient exclusivement au législateur de régler la matière qui y est visée.

Les articles 5, 6 et 7 du projet étant indissolublement liés aux articles précités, le Conseil d'État, section de législation, renonce également à poursuivre l'examen de ces dispositions.

⁽⁷⁾ Voir à ce propos l'avis motivé de la Commission européenne du 13 janvier 2004 et la lettre de la Commission européenne du 30 juin 2005 relative à la procédure en constatation d'infraction 2002/2055 Belgique - "Alcatel" ainsi qu'à diverses questions concernant l'application des "directives recours" en Belgique.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	A. SPRUYT, M. TISON,	assesseurs de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. I. VOS, auditeur adjoint.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A. BECKERS

M. VAN DAMME