

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.059/1/V
VAN 18 AUGUSTUS 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste vakantiekamer, op 22 juli 2009 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, verlengd met twintig 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 en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten van de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

1. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe diverse wijzigingen aan te brengen in, eensdeels, de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en, anderdeels, bepaalde van de ter uitvoering van die wet tot stand gekomen koninklijke besluiten, met name van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van 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.

Aan de ontworpen wijzigingen ligt vooreerst de bedoeling ten grondslag om, in afwachting dat de wetten van 15 ⁽¹⁾ en 16 juni 2006 ⁽²⁾ in werking treden, door middel van een aanpassing van de heden nog van toepassing zijnde regelgeving, de

⁽¹⁾ Wet van 15 juni 2006 [inzake] overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

⁽²⁾ 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.

dwingende bepalingen van richtlijnen 2004/17/EG ⁽³⁾ en 2004/18/EG ⁽⁴⁾ in het interne recht om te zetten ⁽⁵⁾ en op die wijze tegemoet te komen aan de arresten, beide van 23 april 2009, van het Hof van Justitie C-287-07 (betreffende richtlijn 2004/17/EG) en C-292/07 (betreffende richtlijn 2004/18/EG), waarbij het Hof oordeelde dat een aantal bepalingen van de betrokken richtlijnen ofwel niet, ofwel onvolledig of incorrect, werden omgezet in het interne recht.

De ontworpen regeling is zodoende tijdelijk van aard, in die zin dat de definitieve omzetting van de voornoemde richtlijnen zal gebeuren door en ter uitvoering van de wetten van 15 en 16 juni 2006, van zodra die wetten in werking zullen zijn getreden en in de noodzakelijke uitvoeringsbesluiten ervan zal zijn voorzien.

Het ontwerp strekt er ook toe de toepassing van een aantal bepalingen van de uitvoeringsbesluiten uit te breiden tot de opdrachten beneden de Europese bekendmakingsdrempels; voorts worden, buiten de problematiek van de omzetting van de richtlijnbe­palingen, enkele bepalingen ontworpen betreffende een ontvangen "besmet" elektronisch document en wordt aan de structuur van de uitvoeringsbesluiten gesleuteld.

2.1. De ontworpen regeling, die zowel de zogenaamde "klassieke sectoren" als de "nutssectoren" betreft, vindt, wat de omzetting van voornoemde richtlijnen betreft in de wet van 24 december 1993 en in haar uitvoeringsbesluiten, rechtsgrond in de artikelen 43, § 1, eerste lid, en 65, eerste lid, van de wet van 24 december 1993.

⁽³⁾ 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.

⁽⁴⁾ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

⁽⁵⁾ De omzetting van de beide voornoemde richtlijnen diende tegen uiterlijk 31 januari 2006 te zijn gerealiseerd.

Artikel 43, § 1, luidt:

"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".

Artikel 65 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".

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. 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.

De ontworpen wijzigingen die door de artikelen 2 tot 7 van het ontwerp worden aangebracht aan de wet van 24 december 1993, lijken geen hiervoor bedoelde beleidskeuze te omvatten.

2.2. De ontworpen wijzigingen aan de bijlagen 1 en 2 van de wet van 24 december 1993 (artikelen 8 en 9 van het ontwerp) vinden rechtsgrond in de artikelen 5 en 27 van deze wet die specifieke delegaties aan de Koning bevatten.

2.3. Voor zover de ontworpen regeling niet de omzetting van de voornoemde richtlijnen betreft, vindt zij rechtsgrond:

- wat de wijzigingen van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreft, in artikel 1, § 1, tweede lid van de wet van 24 december 1993 dat de Koning opdraagt om de inrichting vast te leggen van de in artikel 1, eerste lid, van de wet bedoelde gunningsprocedures, evenals de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten;
- wat de wijzigingen van het voornoemde koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreft, in artikel 2, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 dat de Koning opdraagt om de inrichting vast te leggen van de in artikel 2, eerste lid, van de wet bedoelde gunningsprocedures voor de nutssectoren;
- wat de wijzigingen van het voornoemde koninklijk besluit van 18 juni 1996 betreft, in artikel 59, § 1, van de wet van 24 december 1993, dat bepaalt dat de opdrachten, naar keuze van de aanbestedende dienst, worden gegund bij openbare of beperkte procedure of bij een onderhandelingsprocedure met naleving van de mededingingsvoorschriften vastgelegd door de Koning.

ALGEMENE OPMERKINGEN

3. Rekening houdend met de omvang en de complexiteit van de hem om advies voorgelegde ontwerptekst heeft de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich hoofdzakelijk toegespitst op de vraag of met de ontworpen regeling richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG naar behoren zijn omgezet in de interne rechtsorde.

De betrokken vraag valt niet makkelijk en met zekerheid te beantwoorden. Er is immers niet enkel de ingewikkeldheid van de voornoemde Europeesrechtelijke teksten, maar ook het gegeven dat de omzetting van de betrokken richtlijnen in het interne recht over diverse normatieve teksten, van uiteenlopende juridische waarde, wordt gespreid en reeds eerder gedeeltelijk en blijkbaar onvolkomen gebeurde⁽⁶⁾. Daar komt nog bij dat de omzetting van de richtlijnen in de ontworpen regeling wordt geënt op het bestaande wettelijke en reglementaire kader dat evenwel zal worden vervangen door de regelgeving die is vervat in de wetten van 15 en 16 juni 2006 en in de nog tot stand te brengen uitvoeringsbesluiten daarvan, eenmaal die regelgeving in werking zal zijn getreden.

4.1. Het verdient aanbeveling dat naast het verslag aan de Koning, de concordantietabel die aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, werd bezorgd en waaruit blijkt welke bepalingen van het ontwerp beogen welke bepalingen van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG in het interne recht om te zetten, mee zou worden bekendgemaakt.

4.2. Bij vergelijking tussen de voornoemde arresten van het Hof van Justitie en de concordantietabel valt op dat bepaalde richtlijnbeopalingen waarvan het Hof oordeelde dat ze niet of onvolkomen waren omgezet in de interne rechtsorde, niet voorkomen op de tabel; zo kan bij wijze van voorbeeld gewezen worden op artikel 44, lid 4, en artikel 72 van richtlijn 2004/18/EG en op artikel 49, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/17/EG. Voor

⁽⁶⁾ Koninklijk besluit van 23 november 2007 tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet en de voornoemde arresten van het Hof van Justitie.

zover deze bepalingen in het ontwerp omgezet zijn, dient de concordantietabel aangepast te worden.

5. Er dient opgemerkt te worden dat bij de adviesaanvraag de bijlagen waarvan sprake in het ontwerp (artikelen 8, 9, 17, 27, 35, 63, 68, 76, 84, 111 en 127 van het ontwerp), ontbraken en dat deze op vraag van de auditeur-verslaggever werden bijgebracht.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Aanhef

6. Het eerste lid van de aanhef dient te worden aangepast gelet op hetgeen werd opgemerkt *sub* 2 omtrent de rechtsgrond voor het ontworpen besluit.

Artikelen 2, 4 en 6

7. In artikel 41, lid 2, eerste alinea, tweede streepje, van richtlijn 2004/18/EG en artikel 49, lid 2, eerste alinea, tweede streepje, van richtlijn 2004/17/EG ⁽⁷⁾ wordt een andere terminologie gehanteerd dan in de ontworpen bepalingen van de artikelen 2, 4 en 6 van het ontwerp; zo vermelden de richtlijnbepalingen "werken, leveringen of diensten" terwijl de ontworpen bepalingen het woord "oplossingen" vermelden; op het eerste gezicht lijken de richtlijnbepalingen ruimer geformuleerd dan de ontworpen bepalingen.

⁽⁷⁾ Op te merken valt dat in de Nederlandse tekst van dit artikel 49, lid 2, eerste alinea, tweede streepje, de interne verwijzing naar artikel 23, leden 4 en 5 niet correct is; artikel 23 dient artikel 34 te zijn.

Artikel 5, 1/

8. Door de ontworpen bepaling die de wettelijke regeling inzake de nutssectoren betreft, wordt een aanvulling gegeven aan de definitie van opdracht van leveringen; bijkomend mag dergelijke overeenkomst plaatsings- of installatiewerkzaamheden bevatten. Artikel 1, lid 2, c), van richtlijn 2004/17/EG hanteert als terminologie dat de opdracht ook in bijkomende orde om de werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van de geleverde producten kan gaan. In artikel 5, tweede lid, van de wet van 24 december 1993 dat de klassieke sectoren betreft, wordt gesteld dat die overeenkomst bijkomend werken van aanleg en plaatsing mag bevatten. Het lijkt aangewezen in de Nederlandse tekst een meer eenvormige terminologie te hanteren, temeer het definities betreft.

Artikel 14, 1/, 24, 1/ en 33, 1/

9. In de ontworpen bepalingen wordt de term "geselecteerden" of "kandidaten" vermeld. In artikel 44, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 2004/18/EG en in de artikelen 16, vijfde lid, 42, vijfde lid, en 68, vijfde lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 die door de ontworpen bepalingen worden aangevuld, wordt de term "(uitgenodigde) gegadigden" gebruikt.

Het verdient aanbeveling om nauwer aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn en de tekst van de te wijzigen artikelen.

10. Op te merken valt ook dat artikel 44, lid 4, van richtlijn 2004/18/EG in de ontworpen bepalingen onvolkomen omgezet lijkt.

Artikel 24

11. Artikel 24 beoogt artikel 42, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te wijzigen. Op te merken valt dat dit artikel 42 niet onderverdeeld is in paragrafen.

.../...

Artikel 26

12. Er is een discordantie tussen de Nederlandse en de Franse tekst waarbij volgens de gemachtigde de Nederlandse tekst correct is.

Artikel 29, 1/

13. Krachtens artikel 29 van het ontwerp worden de bepalingen van artikel 54, eerste lid, 1/ en 3/, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 in de Nederlandse tekst aangevuld met de woorden "en alle andere vormen van vergoeding".

In artikel 9, lid 8, a), i) en iii), van richtlijn 2004/18/EG worden daarentegen naargelang het geval de woorden "en andere vormen van beloning" en "en andere wijzen van bezoldiging" gehanteerd.

Het verdient aanbeveling om nauwer aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn.

Artikel 40, 2/

14. In de ontworpen bepaling wordt in de Nederlandse tekst de term "kandidaten" vermeld; in artikel 72 van richtlijn 2004/18/EG wordt de term "gegadigden" gebruikt.

Het verdient aanbeveling om nauwer aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn.

Artikel 51

15. De Nederlandse tekst van ontworpen bepaling lijkt niet volledig in overeenstemming met artikel 23, lid 8, van richtlijn 2004/18/EG.

Het verdient aanbeveling nauwer aan te sluiten bij de terminologie van deze richtlijnbeeping; in de richtlijnbeeping worden de woorden "of gelijkwaardig" vermeld terwijl in de ontworpen bepaling de woorden "of daarmee overeenstemmend" worden vermeld.

Artikel 52

16. Met het ontworpen artikel 86*bis* wordt beoogd artikel 27 van richtlijn 2004/18/EG om te zetten.

Er lijkt een wezenlijk verschil tussen het ontworpen artikel 86*bis*, tweede lid, (het woord "vermelding") en artikel 27, lid 2, van de richtlijn (het woord "informatie"). Voorts verdient het aanbeveling nauwer aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn.

Artikel 57

17. Opgemerkt dient te worden dat het de Raad van State niet duidelijk is in hoeverre artikel 55, lid 2 en lid 3, van richtlijn 2004/18/EG, omgezet werd in het interne recht en deze bepaling dan ook niet het voorwerp dient uit te maken van het ontworpen artikel 110, § 3.

Artikel 64

18. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 7, § 2, 1/, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 gebruike men bij voorkeur het woord "bewijzen" in plaats van "motiveringen" zoals in artikel 52, lid 1, b), van richtlijn 2004/17/EG bepaald.

19. In het ontworpen artikel 7, § 2, 3/, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 schrijve men *in fine* en dit in overeenstemming met artikel 49, lid 3, van

.../...

richtlijn 2004/17/EG: "... de datum waarop zijn verzoek zal worden aanvaard dan wel afgewezen."

20. Opgemerkt dient te worden dat artikel 49, leden 4 en 5, van richtlijn 2004/17/EG niet lijkt omgezet te zijn. De gemachtigde bevestigt dit.

Artikel 65

21. De laatste zin van artikel 48, lid 6, c), van richtlijn 2004/17/EG wordt in het ontworpen artikel 8, vijfde lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 niet omgezet.

22. De verwijzing in het ontworpen artikel 8, vijfde lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 naar artikel 61^{ter}, § 1, van dit koninklijk besluit is onjuist.

Artikel 67

23. Op te merken valt dat artikel 16, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 drie leden telt zodat de ontworpen invoeging van een lid tussen het derde en vierde lid onjuist is.

24. In de Nederlandse tekst van het ontworpen lid gebruike men bij voorkeur het woord "bewijzen" in plaats van "motiveringen" zoals in artikel 52, lid 1, b), van richtlijn 2004/17/EG bepaald.

Artikel 68

25. Luidens de inleidende zin van artikel 68 van het ontwerp wordt artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 met een lid aangevuld. Luidens artikel 68, 1/, wordt echter artikel 17, § 1, gewijzigd. De stellers van het ontwerp dienen de inleidende zin wetgevingstechnisch te herzien.

Artikel 71

26. In de inleidende zin van artikel 71 van het ontwerp vervange men "artikel 29, § 2, 1/," door "artikel 29, § 2," en in de Nederlandse tekst bovendien het woord "bepalingen" door "wijzigingen".

27. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 29, § 2, 1/, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 gebruike men bij voorkeur het woord "bewijzen" in plaats van "motiveringen" zoals in artikel 52, lid 1, b), van richtlijn 2004/17/EG bepaald.

Artikel 74

28. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 38, § 2, 1/, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 gebruike men bij voorkeur het woord "bewijzen" in plaats van "motiveringen" zoals in artikel 52, lid 1, b), van richtlijn 2004/17/EG bepaald.

Artikel 78, 1/

29. In artikel 78, 1/, van het ontwerp dient "het eerste lid" vervangen te worden door "het tweede lid".

Artikel 79

30. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 50, § 2, 1/, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 gebruike men bij voorkeur het woord "bewijzen" in plaats van "motiveringen" zoals in artikel 52, lid 1, b), van richtlijn 2004/17/EG bepaald.

Artikel 82

31. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 59, § 2, nieuw lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 gebruike men bij voorkeur het woord "bewijzen" in plaats van "motiveringen" zoals in artikel 52, lid 1, b), van richtlijn 2004/17/EG bepaald.

32. Op te merken valt dat artikel 59, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 drie leden telt zodat de invoeging van het ontworpen nieuw lid tussen het derde en vierde lid onjuist is.

Artikel 99

33. Het verdient aanbeveling nauwer aan te sluiten bij de terminologie van artikel 34, lid 8, van richtlijn 2004/17/EG; in de richtlijnbe­paling worden de woorden "of gelijkwaardig" vermeld terwijl in de Nederlandse tekst van ontworpen bepaling de woorden "of daarmee overeenstemmend" worden vermeld.

Artikel 100

34. Met het ontworpen artikel 76bis van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 wordt beoogd artikel 39 van richtlijn 2004/17/EG om te zetten.

Er lijkt een wezenlijk verschil tussen de beide teksten wat het ontworpen artikel, tweede lid (het woord "vermelding") en artikel 39, lid 2 (het woord "informatie") betreft. Het verdient aanbeveling nauwer aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn.

Artikel 105

35. Opgemerkt dient te worden dat het de Raad van State niet duidelijk is in hoeverre artikel 57, lid 2 en lid 3, van richtlijn 2004/17/EG, omgezet werd in het interne recht en deze bepaling dan ook niet het voorwerp dient uit te maken van het ontworpen artikel 98, § 3.

Artikel 113

36. In het ontworpen artikel 10, § 3, 3/, van het koninklijk besluit van 18 juni 1996 schrijve men *in fine* en dit in overeenstemming met artikel 49, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 2004/17/EG: "... over de datum waarop zijn verzoek zal worden aanvaard dan wel afgewezen."

37. In de Nederlandse tekst van de ontworpen paragraaf 4 vervange men het woord "nagelegd" door "nageleefd".

Artikel 114

38. In de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 11, § 3, tweede zin, van het koninklijk besluit van 18 juni 1996 is *in fine* een gedeelte weggefallen.

39. De laatste zin van artikel 48, lid 6, c), van richtlijn 2004/17/EG werd in het ontworpen artikel 11, § 3, niet omgezet.

Artikel 115

40. In het ontworpen artikel 13, nieuw lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 1996 gebruike men bij voorkeur het woord "bewijzen" in plaats van "motiveringen" zoals in artikel 52, lid 1, b), van richtlijn 2004/17/EG bepaald.

41. Op te merken valt dat artikel 13 slechts drie leden telt zodat de invoeging van het ontworpen nieuw lid tussen het derde en vierde lid onjuist is.

Artikel 117

42. Opgemerkt dient te worden dat het de Raad van State niet duidelijk is in hoeverre artikel 57, lid 2 en lid 3, van richtlijn 2004/17/EG, omgezet werd in het interne recht en deze bepaling dan ook niet het voorwerp dient uit te maken van artikel 16 van het koninklijk besluit van 18 juni 1996.

43. Luidens artikel 117 van het ontwerp wordt artikel 16 van het koninklijk besluit van 18 juni 1996 met een lid aangevuld; op te merken valt dat artikel 16 onderverdeeld is in paragrafen.

Artikel 128

44. Artikel 128 van het ontwerp dient aangevuld te worden met de datum van inwerkingtreding.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	J. VAN NIEUWENHOVE,	staatsraad, voorzitter,
	B. THYS,	
	P. BARRA,	staatsraden,
	M. TISON,	assessor van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

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

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

A. BECKERS

J. VAN NIEUWENHOVE

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.059/1/V
DU 18 AOÛT 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre des vacations, saisi par le Premier Ministre, le 22 juillet 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé de vingt 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 et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi", a donné l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

1. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis entend apporter diverses modifications, d'une part, à la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et, d'autre part, à certains des arrêtés royaux pris en exécution de cette loi, à savoir l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, 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.

Les modifications en projet ont essentiellement pour objet, dans l'attente de l'entrée en vigueur des lois des 15 ⁽¹⁾ et 16 ⁽²⁾ juin 2006, et par une adaptation de la réglementation encore d'application à ce jour, de transposer en droit interne ⁽³⁾ les

⁽¹⁾ Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

⁽²⁾ 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.

⁽³⁾ La transposition des deux directives devait intervenir au plus tard le 31 janvier 2006.

dispositions impératives des directives 2004/17/CE ⁽⁴⁾ et 2004/18/CE ⁽⁵⁾ et par là de se conformer aux arrêts, tous deux datés du 23 avril 2009, de la Cour de Justice C-287/07 (concernant la directive 2004/17/CE) et C-292/07 (concernant la directive 2004/18/CE), dans lesquels la Cour a jugé qu'un certain nombre de dispositions des directives concernées soit n'ont pas été transposées en droit interne, soit l'ont été de façon incomplète ou incorrecte.

Partant, le texte en projet est de nature temporaire, dans la mesure où la transposition définitive des directives précitées se fera par les lois des 15 et 16 juin 2006 et en exécution de celles-ci, dès qu'elles entreront en vigueur et que les arrêtés d'exécution nécessaires auront été adoptés.

Le projet entend également étendre l'application d'un certain nombre de dispositions des arrêtés d'exécution aux marchés se situant en deçà des seuils de publicité européens; outre la transposition de dispositions de directives, il prévoit également quelques dispositions concernant la réception d'un document électronique "contaminé" et aménage quelque peu la structure des arrêtés d'exécution.

2.1. En ce qui concerne la transposition des directives précitées dans la loi du 24 décembre 1993 et dans ses arrêtés d'exécution, les dispositions en projet qui portent tant sur les "secteurs classiques" que sur les "secteurs spéciaux", trouvent leur fondement juridique dans les articles 43, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 65, alinéa 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993.

L'article 43, § 1^{er}, dispose:

"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

⁽⁴⁾ 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.

⁽⁵⁾ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

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".

L'article 65 dispose:

"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."

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. 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.

Les modifications en projet apportées à la loi du 24 décembre 1993 par les articles 2 à 7 du projet ne paraissent pas comporter de choix politique au sens susvisé.

.../...

2.2. Les modifications en projet des annexes 1 et 2 de la loi du 24 décembre 1993 (articles 8 et 9 du projet) trouvent leur fondement juridique dans les articles 5 et 27 de cette loi qui prévoient des délégations spécifiques au Roi.

2.3. Dans la mesure où les dispositions en projet ne concernent pas la transposition des directives précitées, elles trouvent leur fondement juridique:

- en ce qui concerne les modifications de l'arrêté royal précité du 8 janvier 1996, dans l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 qui charge le Roi de fixer l'organisation des modes de passation visés à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi, ainsi que les règles générales d'exécution des marchés publics;
- en ce qui concerne les modifications de l'arrêté royal précité du 10 janvier 1996, dans l'article 2, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 qui charge le Roi de fixer l'organisation des modes de passation des marchés spéciaux visés à l'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi;
- en ce qui concerne les modifications de l'arrêté royal précité du 18 juin 1996, dans l'article 59, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 qui dispose que les marchés sont passés, au choix de l'entité adjudicatrice, par procédure ouverte, par procédure restreinte ou par une procédure négociée en respectant les règles de mise en concurrence établies par le Roi.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

3. Compte tenu de la longueur et de la complexité du projet qui lui est soumis pour avis, le Conseil d'État, section de législation, a fait porter son examen essentiellement sur la question de savoir si le texte en projet transpose adéquatement les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE dans l'ordre juridique interne.

Il n'est pas aisé de répondre à cette question avec certitude. Non seulement, les textes de droit européen précités sont complexes, mais de plus, la transposition de ces directives en droit interne concerne plusieurs textes normatifs de valeur juridique

.../...

différente et s'est déjà faite de manière plutôt partielle et manifestement incomplète ⁽⁶⁾. En outre, la transposition des directives dans la réglementation en projet vient se greffer sur le cadre légal et réglementaire actuel qui sera toutefois lui-même remplacé par la réglementation inscrite dans les lois des 15 et 16 juin 2006 et dans leurs arrêtés d'exécution qui doivent encore intervenir, une fois que cette réglementation sera entrée en vigueur.

4.1. Outre le rapport au Roi, il est recommandé de publier également le tableau de correspondance transmis au Conseil d'État, section de législation, et qui indique quelles dispositions du projet entendent transposer quelles dispositions des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE en droit interne.

4.2. En comparant les arrêts précités de la Cour de Justice et le tableau de correspondance, on s'aperçoit que certaines dispositions des directives dont la Cour a jugé qu'elles n'avaient pas été transposées en droit interne ou qu'elles l'avaient été de manière incomplète, ne figurent pas dans le tableau; c'est le cas, par exemple, des articles 44, paragraphe 4, et 72 de la directive 2004/18/CE et de l'article 49, paragraphes 4 et 5, de la directive 2004/17/CE. On adaptera le tableau de correspondance, pour autant que ces dispositions aient été transposées dans le projet.

5. Il est à noter que la demande d'avis ne comportait pas les annexes mentionnées dans le projet (articles 8, 9, 17, 27, 35, 63, 68, 76, 84, 111 et 127 du projet) et qu'elles ont été transmises à la demande de l'auditeur rapporteur.

⁽⁶⁾ L'arrêté royal du 23 novembre 2007 modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi et les arrêts précités de la Cour de Justice.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Préambule

6. On adaptera le premier alinéa du préambule en fonction de l'observation formulée au point 2 concernant le fondement juridique de l'arrêté en projet.

Articles 2, 4 et 6

7. L'article 41, paragraphe 2, premier alinéa, deuxième tiret, de la directive 2004/18/CE et l'article 49, paragraphe 2, premier alinéa, deuxième tiret, de la directive 2004/17/CE ⁽⁷⁾ utilisent une autre terminologie que celle utilisée dans les dispositions en projet des articles 2, 4 et 6 du projet; c'est ainsi que les dispositions des directives mentionnent "les travaux, fournitures ou services", alors que les dispositions en projet utilisent le terme "solutions"; à première vue, les dispositions des directives paraissent être formulées en des termes plus larges que les dispositions en projet.

Article 5, 1/

8. La disposition en projet concernant le régime légal des secteurs spéciaux complète la définition du marché de fournitures; un contrat de l'espèce peut comporter à titre accessoire des travaux de pose et d'installation. Selon la terminologie utilisée à l'article 1^{er}, paragraphe 2, c), de la directive 2004/17/CE, le marché peut également concerner, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation des produits fournis. L'article 5, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, qui concerne les secteurs classiques, dispose que ce contrat peut comporter à titre accessoire des travaux de pose et d'installation. Il paraît opportun d'utiliser une terminologie néerlandaise plus uniforme, d'autant plus qu'il s'agit de définitions.

⁽⁷⁾ Il est à noter que, dans le texte néerlandais de cet article 49, paragraphe 2, premier alinéa, deuxième tiret, la référence interne à l'article 23, paragraphes 4 et 5, n'est pas correcte; il s'agit de l'article 34 et non de l'article 23.

Articles 14, 1/, 24, 1/ et 33, 1/

9. Les dispositions en projet utilisent les termes "candidats sélectionnés" ou "candidats". L'article 44, paragraphe 3, deuxième alinéa, de la directive 2004/18/CE, et les articles 16, alinéa 5, 42, alinéa 5, et 68, alinéa 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui sont complétés par les dispositions en projet, utilisent les termes "candidats (invités)".

Il est recommandé de se rapprocher davantage de la terminologie de la directive et du texte des articles dont la modification est envisagée.

10. Il est à noter également que les dispositions en projet ne paraissent pas transposer complètement l'article 44, paragraphe 4, de la directive 2004/18/CE.

Article 24

11. L'article 24 vise à modifier l'article 42, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. On observera que cet article 42 n'est pas divisé en paragraphes.

Article 26

12. Il y a une discordance entre le texte français et le texte néerlandais qui, selon le délégué, est le texte correct.

Article 29, 1/

13. L'article 29 du texte néerlandais du projet complète les dispositions de l'article 54, alinéa 1^{er}, 1/ et 3/, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 par les mots "en alle andere vormen van vergoeding".

Le texte néerlandais de l'article 9, paragraphe 8, a), i) et iii), de la directive 2004/18/CE fait en revanche usage, selon le cas, des mots "en andere vormen van beloning" et "en andere wijzen van bezoldiging".

Mieux vaut se conformer plus strictement à la terminologie de la directive.

Article 40, 2/

14. Le texte néerlandais de la disposition en projet utilise le terme "kandidaten"; l'article 72 de la directive 2004/18/CE utilise celui de "gegadigden".

Mieux vaut se conformer plus strictement à la terminologie de la directive.

Article 51

15. Le texte néerlandais de la disposition en projet ne semble pas tout à fait correspondre à l'article 23, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE.

Il est préférable de se conformer plus strictement à la terminologie de la directive; la disposition concernée de la directive utilise les mots "of gelijkwaardig", tandis que la disposition en projet fait usage des mots "of daarmee overeenstemmend".

Article 52

16. L'article 86*bis* en projet vise à transposer l'article 27 de la directive 2004/18/CE.

Il semble qu'il y ait une différence essentielle entre l'article 86*bis*, alinéa 2, en projet (le mot "mentions") et l'article 27, paragraphe 2, de la directive (le mot "informations"). Mieux vaut en outre s'aligner plus étroitement sur la terminologie de la directive.

Article 57

17. Il faut observer que le Conseil d'État n'aperçoit pas dans quelle mesure l'article 55, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/18/CE a été transposé dans le droit interne et s'il y a dès lors lieu de faire figurer cette disposition à l'article 110, § 3, en projet.

Article 64

18. Dans le texte néerlandais de l'article 7, § 2, 1/, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, mieux vaut, comme à l'article 52, paragraphe 1, b), de la directive 2004/17/CE, utiliser le mot "bewijzen" plutôt que le mot "motiveringen".

19. À la fin de l'article 7, § 2, 3/, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, on écrira, conformément à l'article 49, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE: "... de la date à laquelle sa demande sera acceptée ou refusée".

20. Il est à noter que l'article 49, paragraphes 4 et 5, de la directive 2004/17/CE ne semble pas être transposés. Le délégué le confirme.

Article 65

21. L'article 8, alinéa 5, en projet, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 ne transpose pas la dernière phrase de l'article 48, paragraphe 6, c), de la directive 2004/17/CE.

22. L'article 8, alinéa 5, en projet, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, fait erronément référence à l'article 61^{ter}, § 1^{er}, de cet arrêté royal.

Article 67

23. Il faut relever que l'article 16, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 comportant trois alinéas, l'insertion projetée d'un alinéa entre les alinéas 3 et 4 n'est pas possible.

24. Dans le texte néerlandais de l'alinéa en projet, mieux vaut, comme à l'article 52, paragraphe 1, b), de la directive 2004/17/CE, utiliser le mot "bewijzen" plutôt que le mot "motiveringen".

Article 68

25. La phrase introductive de l'article 68 du projet indique que l'article 17, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 est modifié (dans le texte néerlandais "met een lid aangevuld"). L'article 68, 1/, mentionne cependant que c'est l'article 17, § 1^{er}, qui est modifié. Les auteurs du projet devront réexaminer cette phrase liminaire du point de vue de la légistique.

Article 71

26. Dans la phrase liminaire de l'article 71 du projet, on remplacera "article 29, § 2, 1/," par "article 29, § 2," et dans le texte néerlandais en outre, le mot "bepalingen" par "wijzigingen".

27. Dans le texte néerlandais de l'article 29, § 2, 1/, en projet, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, mieux vaut, comme à l'article 52, paragraphe 1^{er}, b), de la directive 2004/17/CE, utiliser le mot "bewijzen" plutôt que le mot "motiveringen".

Article 74

28. Dans le texte néerlandais de l'article 38, § 2, 1/, en projet, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, mieux vaut, comme à l'article 52, paragraphe 1, b), de la directive 2004/17/CE, utiliser le mot "bewijzen" plutôt que le mot "motiveringen".

Article 78, 1/

29. À l'article 78, 1/, du projet, il y a lieu de remplacer "l'alinéa 1^{er}" par "l'alinéa 2".

Article 79

30. Dans le texte néerlandais de l'article 50, § 2, 1/, en projet, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, mieux vaut, comme à l'article 52, paragraphe 1, b), de la directive 2004/17/CE, utiliser le mot "bewijzen" plutôt que le mot "motiveringen".

Article 82

31. Dans le texte néerlandais de l'article 59, § 2, alinéa nouveau, en projet, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, mieux vaut, comme à l'article 52, paragraphe 1, b), de la directive 2004/17/CE, utiliser le mot "bewijzen" plutôt que le mot "motiveringen".

32. Il faut noter que l'article 59, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 comportant trois alinéas, il n'est pas possible d'insérer l'alinéa en projet entre les alinéas 3 et 4.

Article 99

33. Le texte néerlandais devrait se conformer plus strictement à la terminologie de l'article 34, paragraphe 8, de la directive 2004/17/CE; la disposition concernée de la directive utilise les mots "of gelijkwaardig", alors que le texte néerlandais de la disposition en projet mentionne les mots "of daarmee overeenstemmend".

Article 100

34. L'article 76*bis* en projet de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 entend transposer l'article 39 de la directive 2004/17/CE.

Il semble y avoir une différence substantielle entre les deux textes, qui concerne le deuxième alinéa de l'article en projet (le mot "mentions") et l'article 39, paragraphe 2 (le mot "informations"). Il est préférable de s'aligner plus étroitement sur la terminologie de la directive.

Article 105

35. Il faut observer que le Conseil d'État n'aperçoit pas dans quelle mesure l'article 57, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/17/CE a été transposé dans le droit interne et s'il y a dès lors lieu de faire figurer cette disposition à l'article 98, § 3, en projet.

Article 113

36. À la fin de l'article 10, § 3, 3/, de l'arrêté royal du 18 juin 1996, pour se conformer à l'article 49, paragraphe 3, deuxième alinéa, de la directive 2004/17/CE, on écrira: "... de la date à laquelle sa demande sera acceptée ou refusée".

37. Dans le texte néerlandais du paragraphe 4 en projet, on remplacera le mot "nagelegd" par le mot "nageleefd".

Article 114

38. La fin du texte néerlandais de l'article 11, § 3, deuxième phrase, en projet, de l'arrêté royal du 18 juin 1996, est incomplète.

39. L'article 11, § 3, en projet, ne transpose pas la dernière phrase de l'article 48, paragraphe 6, c), de la directive 2004/17/CE.

Article 115

40. Dans le texte néerlandais de l'article 13, alinéa nouveau, en projet, de l'arrêté royal du 18 juin 1996, mieux vaut, comme à l'article 52, paragraphe 1, b), de la directive 2004/17/CE, utiliser le mot "bewijzen" plutôt que le mot "motiveringen".

41. Il faut observer que l'article 13 comportant trois alinéas, il n'est pas possible d'insérer l'alinéa en projet entre les alinéas 3 et 4.

Article 117

42. Il faut observer que le Conseil d'État n'aperçoit pas dans quelle mesure l'article 57, paragraphes 2 et 3, de la directive 2004/17/CE a été transposé dans le droit interne et s'il y a dès lors lieu de faire figurer cette disposition à l'article 16 de l'arrêté royal du 18 juin 1996.

43. Selon l'article 117 du projet, l'article 16 de l'arrêté royal du 18 juin 1996 est complété par un alinéa; on notera que l'article 16 est divisé en paragraphes.

Article 128

44. L'article 128 du projet doit être complété par la date d'entrée en vigueur.

La chambre était composée de

Messieurs	J. VAN NIEUWENHOVE,	conseiller d'État, président,
	B. THYS,	
	P. BARRA,	conseillers d'État,
	M. TISON,	assesseur de la section de législation,
Madame	A. BECKERS,	greffier.

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

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

A. BECKERS

J. VAN NIEUWENHOVE