KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 49.530/1
VAN 5 MEI 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

DE RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, eerste kamer, op 13 april 2011 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied", heeft het volgende advies gegeven:

Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op 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 het ontwerp, van de rechtsgrond [1], alsmede van de te vervullen vormvereisten.

Daarnaast bevat dit advies ook een aantal opmerkingen over andere punten. Daaruit mag echter niet worden afgeleid dat de afdeling Wetgeving binnen de haar toegemeten termijn een exhaustief onderzoek van het ontwerp heeft kunnen verrichten.

*
* *

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot een partiële omzetting in het interne recht van richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (hierna: de richtlijn).

Voor de omzetting van de voornoemde richtlijn opteren de stellers van het ontwerp voor een normering op twee niveaus: een aantal bepalingen wordt bij wet omgezet, de overige bepalingen zullen bij uitvoeringsbesluiten worden omgezet. Benevens de omzetting door middel van het om advies voorgelegde ontwerp van wet, zullen de bepalingen van de richtlijn die betrekking hebben op de informatie aan kandidaten en inschrijvers, de inhoud van de processen-verbaal en de regels die van toepassing zijn op de verhaalprocedures, omgezet worden door een ander wetsontwerp.

Er wordt met betrekking tot de overheidsopdrachten op het gebied van defensie en veiligheid een afzonderlijke regeling uitgewerkt die valt te onderscheiden van de algemene regeling die inzake overheidsopdrachten is vervat in de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten. De ontworpen regeling bevat diverse bepalingen en procedureregels die, gelet op de eigenheden van de overheidsopdrachten op het vlak van defensie en veiligheid, afwijken van de wet van

[1] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder rechtsgrond verstaan de overeenstemming met de hogere rechtsnormen.

15 juni 2006. Niettemin worden in het ontwerp tevens een aantal bepalingen van die laatstgenoemde wet hernomen die niet strekken tot omzetting van richtlijn 2009/81/EG [2].

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Doordat de stellers van het ontwerp ervoor opteren om sommige bepalingen van de richtlijn om te zetten door middel van een aantal wetten en de overige richtlijnbepalingen om te zetten door middel van uitvoeringsbesluiten, dient erop te worden toegezien dat de omzetting, over de verspreid liggende teksten heen, volledig is. Aan de Raad van State, afdeling Wetgeving, werd in dat verband een omzettingstabel meegedeeld die een goed overzicht biedt van de omzetting van de richtlijn door het voorliggende ontwerp van wet en door een in voorbereiding zijnd uitvoeringsbesluit. Het verdient, ter informatie van zowel de bevoegde wetgevende vergadering als de bestemmelingen van de ontworpen regeling, aanbeveling om deze omzettingstabel in de beide landstalen bij het ontwerp van wet te voegen.

Vooraf dient de omzettingstabel evenwel aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen. Zij bevat immers een aantal vermeldingen die niet correct zijn en die moeten worden rechtgezet [3]. Zij is bovendien onvolledig [4].

2. De omzetting van de richtlijn maakt deels het voorwerp uit van uitvoeringsbesluiten. Dat impliceert dat in voldoende delegaties aan de Koning moet worden voorzien die beantwoorden aan de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen. Overeenkomstig die beginselen dienen de essentiële beleidskeuzen door de wetgevende macht te worden vastgesteld, maar mag de nadere uitwerking ervan aan de uitvoerende macht worden overgelaten. In aangelegenheden die de Grondwet aan de wet

[2] Dat is het geval voor onder meer de artikelen 6 tot 11, 41 en 42 van het ontwerp. In de mate die en andere bepalingen reeds het voorwerp hebben uitgemaakt van advies 38.703/1/V dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, op 6 september 2005 heeft uitgebracht over het voorontwerp van wet dat de wet van 15 juni 2006 is geworden (*Parl.St.* Kamer, nr. 51-2237/1, 132-146), kan worden volstaan met een verwijzing naar de opmerkingen die met betrekking tot die bepalingen zijn geformuleerd in het betrokken advies.

[3] Zo wordt bijvoorbeeld op foutieve wijze gerefereerd aan artikel 13 van het ontwerp van wet, wat de omzetting van artikel 2 van de richtlijn betreft. Hetzelfde geldt voor de verwijzing naar artikel 17, § 2, 1°, van het wetsontwerp, wat de omzetting van artikel 13, a), van de richtlijn aangaat. De verwijzing naar de diverse onderdelen van artikel 25, 1°, van het ontwerp van wet, wat de omzetting van artikel 28, lid 1, van de richtlijn betreft, is evenmin correct. Artikel 7 van de richtlijn wordt omgezet door artikel 38 en niet artikel 12 van het wetsontwerp, zoals verkeerdelijk vermeld in de omzettingstabel.

[4] Zo werd door de gemachtigde verduidelijkt dat het bepaalde in artikel 12, derde lid, van het ontwerp strekt tot omzetting van artikel 35, leden 1 en 2, van de richtlijn. Dit wordt evenwel niet vermeld in de omzettingstabel.

voorbehoudt, is de mogelijkheid voor de wetgever om bevoegdheden aan de Koning te delegeren beperkter: in die aangelegenheden moet de wetgever een eventuele machtiging voldoende nauwkeurig omschrijven en mag de delegatie in beginsel slechts betrekking hebben op de tenuitvoerlegging van maatregelen waarvan de essentiële elementen voorafgaandelijk door de wetgever zijn vastgesteld. Enkel in uitzonderlijke gevallen mag de wetgever de vaststelling van zelfs essentiële elementen aan de Koning overlaten, mits die machtiging uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is en de door de Koning genomen maatregelen door de wetgevende macht worden onderzocht binnen een relatief korte termijn, vastgesteld in de machtigingswet [5].

Te dezen lijkt geen van de bevoegdheden die met het voorliggende ontwerp van wet aan de Koning worden opgedragen betrekking te hebben op aangelegenheden die de Grondwet aan de wet voorbehoudt. De delegatiebepalingen in het ontwerp dienen dus enkel getoetst te worden aan de beginselen die de verhouding tussen de wetgevende en de uitvoerende macht regelen. Op de hierna vermelde uitzondering na kan worden vastgesteld dat de aan de Koning verleende opdrachten soms bijzonder ruim zijn, maar dat niettemin de essentiële beleidskeuzen in de ontworpen wet zelf worden gemaakt. Vanuit het oogpunt van de genoemde algemene beginselen zijn de in het ontwerp vervatte delegatiebepalingen derhalve toelaatbaar.

Dat laatste is niet het geval voor artikel 22, derde lid, van het ontwerp, dat naar het zeggen van de gemachtigde strekt tot het omzetten van artikel 19 van de richtlijn. De eerstgenoemde bepaling van het ontwerp draagt de Koning op om de betrokken gunningswijzen te regelen en verleent hem de bevoegdheid om specifieke gunningsregels toepasselijk te maken op de overheidsopdrachten waarop artikel 346, 1, b, van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie van toepassing is. Artikel 19 van de richtlijn heeft evenwel betrekking op het aanbieden van varianten. Er valt derhalve niet in te zien op welke wijze het bepaalde in artikel 22, derde lid, van het ontwerp de Koning bevoegd kan maken voor het omzetten van de richtlijnbepaling in kwestie.

3. Ondanks het feit dat de omzetting van de richtlijn op onderscheiden regelgevende niveaus gebeurt, kan nu reeds worden opgemerkt dat het voorliggende ontwerp van wet moet worden aangevuld met een aantal bijkomende omzettingsbepalingen. Zo werd door de gemachtigde bevestigd dat het ontwerp moet worden aangevuld met een bepaling tot omzetting

[5] Zie in dat verband bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof nr. 54/2008, 13 maart 2008, B.16; Grondwettelijk Hof nr. 83/2008, 27 mei 2008, B.5.2. In sommige arresten wordt daaraan nog toegevoegd dat dient te worden bepaald dat de betrokken bepalingen, bij gebreke van bekrachtiging binnen de gestelde termijn, moeten worden geacht nooit uitwerking te hebben gehad (zie bv. Grondwettelijk Hof nr. 195/2004, 1 december 2004, B.16.3).

van artikel 1, lid 12, tweede alinea, van de richtlijn [6]. Ook artikel 37, § 1, van het ontwerp van wet moet worden aangevuld met het oog op de omzetting van het bepaalde in artikel 21, lid 1, van de richtlijn [7].

4. In eerdere adviezen drukte de Raad van State, afdeling Wetgeving, de bekommernis uit om te komen tot een meer eenvormig en consequent gebruik van bepaalde basisbegrippen met het oog op een beter begrijpelijke en toegankelijke regelgeving inzake overheidsopdrachten [8]. Er dient evenwel te worden vastgesteld dat in het ontwerp weliswaar bepaalde van die basisbegrippen, zoals “gunning van de overheidsopdracht” (attribution du marché public) en “sluiting van de overheidsopdracht” (conclusion du marché public), worden omschreven, maar dat in diverse bepalingen van het ontwerp geen consequent gebruik gemaakt wordt van de aldus omschreven begrippen. Zo worden bijvoorbeeld bij herhaling de begrippen “gunningsprocedures”, “gunningsregels” en “gunningswijzen”, in de Nederlandse tekst, weergegeven door respectievelijk “procédures de passation”, “règles de passation” en “modes de passation”, in de Franse tekst. Voor het begrip “marché public conclu”, in de Franse tekst, wordt in de Nederlandse tekst soms het begrip “toegewezen overheidsopdracht” gebruikt [9].

Daarnaast valt op te merken dat in diverse bepalingen van het ontwerp melding wordt gemaakt van de “plaatsing” van de opdracht (passation du marché). In tegenstelling tot wat het geval is voor de begrippen “gunning” en “sluiting” van de opdracht, wordt in de tekst van het ontwerp het begrip “plaatsing” nochtans niet omschreven.

Zoals ook wordt opgemerkt in advies 49.529/1 dat de Raad van State, afdeling Wetgeving, heden uitbrengt over een ontwerp van wet “tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006”, verdient het ter wille van de duidelijkheid van de regelgeving aanbeveling om ook

---

[6] In verband met het verbod van het aanwenden van het zich herhalend proces met bepaalde elektronische presentatiemiddelen voor sommige werken of diensten voor intellectuele prestaties.

[7] In verband met de vrije keuze van de onderaannemers door de geselecteerde inschrijver.

[8] Zie onder meer de opmerkingen die de Raad van State, afdeling Wetgeving, in dat verband formuleerde in het reeds vermelde advies 38.703/1/V van 6 september 2005 over een voorontwerp van wet dat de wet van 15 juni 2006 is geworden, en in advies 48.803/1 van 2 december 2010 over een ontwerp van koninklijk besluit “gunning overheidsopdrachten”.

[9] Zie artikel 42, § 4, tweede lid, van het ontwerp.

het begrip “plaatsing van de opdracht” [10] te omschrijven in het voorliggende ontwerp. Het betrokken begrip is immers vatbaar voor een verschillende uitlegging en moet worden onderscheiden van de eerder vermelde begrippen “gunning” en “sluiting” van de overheidsopdracht. De vaststelling dat de term “gunning”, in de Nederlandse tekst, nu eens wordt weergegeven met “attribution” [11], dan weer met “passation”, in de Franse tekst, bevestigt de noodzaak van een adequate omschrijving en een meer coherent gebruik van de betrokken begrippen doorheen de tekst van het ontwerp. Deze laatste dient daartoe aan een bijkomend onderzoek te worden onderworpen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 2

In de Nederlandse tekst van de inleidende zin van artikel 2, 2°, van het ontwerp schrijve men “van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, hierna de wet van 15 juni 2006 genoemd”.

Artikel 3

1. Aan het einde van de Nederlandse tekst van artikel 3, 13°, van het ontwerp vervange men de woorden “aan te duiden” door “aan te wijzen”.

Een gelijkaardige opmerking geldt ten aanzien van artikel 34 van het ontwerp.

2. De omschrijving van het begrip “civiele aankopen”, in artikel 3, 18°, van het ontwerp, dient aan te vangen als volgt: “opdrachten die niet onder artikel 15 vallen en ...”.

3. Alhoewel met de omschrijving van het begrip “crisis”, in artikel 3, 21°, van het ontwerp, op het betrokken punt de Nederlandse en de Franse tekst van de definitie opgenomen in artikel 1, lid 10, van de richtlijn wordt overgenomen, valt op te merken dat de zinsnede “of

[10] In de Franse tekst veelal weergegeven als “passation du marché”, al stemt in artikel 33, § 1, van het ontwerp met het woord “plaatsen”, in de Nederlandse tekst, het woord “recourir” overeen in de Franse tekst. Ook op dit punt zou naar een grotere eenvormigheid moeten worden gestreefd.

[11] Hetgeen overeenstemt met de in de Nederlandse en de Franse tekst van het ontwerp weergegeven definitie.

substantiële gevolgen heeft voor de materiële goederen van grote waarde", in de Nederlandse tekst, niet overeenstemt met de woorden "ont des effets substantiels sur la valeur des biens", in de Franse tekst. Bij het omzetten van een richtlijn dient te worden vermeden dat discordanties tussen diverse taalversies ervan mee worden geïntegreerd in het interne recht. In dat geval dient in de mate van het mogelijke te worden nagegaan welke bedoeling ten grondslag ligt aan de te implementeren richtlijnbepaling en moeten, rekening houdend hiermee, de Nederlandse en de Franse omzettingsbepalingen met elkaar in overeenstemming worden gebracht.

Artikel 12

In de Nederlandse tekst van artikel 12, derde lid, van het ontwerp moet worden geschreven "geen toegang tot de documenten betreffende de gunningsprocedure van de opdrachten zolang de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf geen beslissing heeft genomen".

Artikel 14

Met artikel 14 van het ontwerp wordt beoogd uitvoering te geven aan het bepaalde in artikel 10 van de richtlijn. Wat dat betreft moet worden opgemerkt dat in artikel 10, lid 2, van de richtlijn, na het tweede streepje, wordt uitgegaan van de hypothese waarin de aankoopcentrale geen aanbestedende dienst is. Het is niet duidelijk of dergelijke hypothese ook in artikel 14 van het ontwerp zit besloten. De gemachtigde verstrekte in dat verband de volgende informatie:

> "Volgens de definitie van 'aankoopcentrale' van artikel 1, 18°, van de richtlijn, die de mogelijke hypotheses afbakent, kan naast een aanbestedende dienst - waarmee in het voorontwerp de aanbestedende overheid en het overheidsbedrijf overeenstemmen - enkel een Europese openbare instantie als aankoopcentrale optreden. De in artikel 10, paragraaf 2, tweede streepje, van de richtlijn vermelde hypothese van de aankoopcentrale die geen aanbestedende dienst is, is in dat opzicht verwarrend, daar ze ten onrechte doet uitschijnen dat naast de aanbestedende dienst en de Europese openbare instantie nog andere personen als aankoopcentrale zouden kunnen optreden, wat dus niet het geval is.
>
> Gezien de definitie van aankoop- of opdrachtencentrale van artikel 2, 4°, van het voorontwerp, wordt de hypothese van de aankoopcentrale die geen aanbestedende dienst is, bijgevolg wel degelijk omgezet nu de Europese openbare instantie daarin wordt vermeld".

Deze uitleg wordt duidelijkheidshalve best ook in de memorie van toelichting opgenomen.

Artikel 18

1. In tegenstelling tot wat het geval is in de Franse tekst van artikel 18, § 1, 1°, van het ontwerp, wordt in de Nederlandse tekst van die bepaling afgeweken van artikel 12, a), van de richtlijn. De redactie van artikel 18, § 1, 1°, van het ontwerp, moet ook in de Nederlandse tekst in overeenstemming worden gebracht met het bepaalde in artikel 12, a), van de richtlijn.

2. Naar analogie van hetgeen in artikel 13, j), van de richtlijn en in de Franse tekst wordt bepaald, schrijve men in artikel 18, § 2, 10°, van het ontwerp “diensten voor onderzoek en ontwikkeling” in plaats van “onderzoek en ontwikkeling”.

Artikel 25

De gevallen die worden vermeld in artikel 25, 1°, a) en b), van het ontwerp komen niet voor in artikel 28 van de richtlijn. Naar het zeggen van de gemachtigde is de reden daarvoor dat de bedoelde toepassingsgevallen betrekking hebben op opdrachten die buiten het materieel toepassingsgebied van de richtlijn vallen. Het verdient aanbeveling om deze verduidelijking in de memorie van toelichting op te nemen.

Artikel 27

Luidens artikel 1, lid 21, tweede alinea, van de richtlijn wordt, voor de in dat lid bedoelde procedure, een opdracht als “bijzonder complex” aangemerkt als de aanbestedende dienst objectief gezien niet in staat is om onder meer “de juridische en/of financiële voorwaarden van een project te specificeren”. In artikel 27, eerste lid, van het ontwerp wordt vermeld dat de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf niet in staat mag zijn “te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische, financiële of juridische oplossingen”. De ontworpen bepaling lijkt op dit punt niet dezelfde draagwijdte te hebben als artikel 1, lid 21, tweede alinea, van de richtlijn. De redactie van artikel 27, eerste lid, van het ontwerp wordt om die reden beter aangepast.

Artikel 37

Onder 3 van de “Algemene opmerkingen” werd reeds vermeld dat artikel 37, § 1, van het ontwerp van wet moet worden aangevuld met het oog op de omzetting van het bepaalde in artikel 21, lid 1, van de richtlijn.

De gemachtigde verklaarde bovendien in verband met de overeenstemming van de betrokken bepaling van het ontwerp met artikel 50, lid 2, tweede alinea, van de richtlijn:

> “In haar huidige formulering blijkt de bepaling van artikel 37, § 1, eerste (dus niet tweede) lid, van het voorontwerp inderdaad voorbij te gaan aan de hypothese van de ondernemingen die een combinatie hebben gevormd. Het is aangewezen de bedoelde bepaling hiertoe aan te vullen.
>
> De bedoelde ruimere formulering zou overigens wel terug te vinden zijn in een bepaling van het in voorbereiding zijnde ontwerp van koninklijk besluit, meer bepaald in de ontworpen bepaling 140, § 3, maar mits de opname van de aldus ruimer geformuleerde bepaling in het voorontwerp van wet, zou de bepaling in het ontwerp van koninklijk besluit moeten worden geschrapt”.

De redactie van artikel 37, § 1, van het ontwerp dient derhalve ook nog te worden aangepast in het licht van de door de gemachtigde verstrekte uitleg.

Artikel 42

In de inleidende zin van artikel 42, § 2, van het ontwerp dient te worden verwezen naar de voorschotten “bedoeld in artikel 8, tweede lid” (niet: artikel 9, tweede lid).

Dezelfde opmerking geldt ten aanzien van artikel 42, § 3, van het ontwerp.

Artikel 48

Ter wille van de coherentie en de duidelijkheid van de regelgeving verdient het aanbeveling om beperkingen van het toepassingsgebied van de wet van 30 maart 1976 betreffende de economische herstelmaatregelen in die wet zelf tot uitdrukking te brengen. In artikel 57, § 3, tweede lid, van de wet van 30 maart 1976 worden nu reeds diverse uitzonderingen vermeld op het indexeringsverbod, bedoeld in paragraaf 1 van dat artikel. De vermelding van de betrokken overheidsopdrachten zou derhalve beter worden opgenomen in de opsomming van uitzonderingen op het indexeringsverbod in artikel 57, § 3, tweede lid, van de voornoemde wet van 30 maart 1976.

Artikel 50

In artikel 50, tweede lid, van het ontwerp wordt met betrekking tot dat artikel en artikel 46 bepaald dat deze in werking treden op de dag waarop zij in het Belgisch Staatsblad worden bekendgemaakt.

Tenzij er een bijzondere reden bestaat die een afwijking wettigt van de gebruikelijke termijn van inwerkingtreding, vastgesteld bij artikel 4, tweede lid, van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen, dient te worden afgezien van de onmiddellijke inwerkingtreding, teneinde eenieder een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe bepalingen.

Bijlagen

Aan het einde van elke bijlage dienen dezelfde ondertekeningen voor te komen als die welke voorkomen aan het slot van het bepalend gedeelte van de ontworpen wet. De ondertekeningen moeten telkens worden voorafgegaan door de gebruikelijke formule “Gezien om te worden gevoegd bij ...”.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	M. VAN DAMME,	kamervoorzitter,
	J. SMETS, W. VAN VAERENBERGH,	staatsraden,
	M. RIGAUX, M. TISON,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
Mevrouw	A. BECKERS,	griffier.

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

DE GRIFFIER DE VOORZITTER

A. BECKERS M. VAN DAMME

ROYAUME BELGIQUE

AVIS 49.530/1
DU 5 MAI 2011

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

LE CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 13 avril 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité », a donné l'avis suivant:

En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, 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 du projet, le fondement juridique [12] et l'accomplissement des formalités prescrites.

Par ailleurs, le présent avis comporte également un certain nombre d'observations sur d'autres points. Il ne peut toutefois s'en déduire que, dans le délai qui lui est imparti, la section de législation a pu procéder à un examen exhaustif du projet.

*
* *

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

L'avant-projet de loi soumis pour avis poursuit la transposition partielle en droit interne de la directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE (ci-après : la directive).

Pour la transposition de la directive précitée, les auteurs du projet optent pour une réglementation à deux niveaux : un certain nombre de dispositions sont transposées par une loi, les autres le seront par la voie d'arrêtés d'exécution. Outre la transposition par le projet de loi soumis pour avis, les dispositions de la directive qui concernent l'information des candidats et soumissionnaires, le contenu des procès-verbaux et les règles applicables aux procédures de recours, seront transposées par un autre projet de loi.

[12] Dès lors qu'il s'agit d'un avant-projet de loi, on entend par fondement juridique la conformité aux normes supérieures.

En ce qui concerne les marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, une réglementation spécifique a été élaborée qui se distingue de la réglementation générale en matière de marchés publics contenue dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. La réglementation en projet comporte diverses dispositions et règles de procédure qui, vu les spécificités des marchés publics dans les domaines de la défense et de la sécurité, dérogent à la loi du 15 juin 2006. Néanmoins, le projet reproduit également un certain nombre de dispositions de cette dernière loi qui ne visent pas à transposer la directive 2009/81/CE [13].

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Dès lors que les auteurs du projet choisissent de transposer certaines dispositions de la directive par un certain nombre de lois et les autres dispositions de celle-ci par la voie d'arrêtés d'exécution, on veillera à ce que la transposition, répartie entre les différents textes, soit complète. À cet égard, un tableau de transposition, donnant un bon aperçu de la transposition de la directive par le projet de loi à l'examen et par un arrêté d'exécution en préparation, a été communiqué au Conseil d'État, section de législation. Afin d'informer tant l'assemblée législative compétente que les destinataires de la réglementation en projet, il est recommandé de joindre ce tableau de transposition au projet de loi dans les deux langues nationales.

Préalablement, il conviendra toutefois de soumettre ce tableau à un examen complémentaire. En effet, il contient un certain nombre de mentions incorrectes qui doivent être rectifiées [14]. Il est en outre incomplet [15].

---

[13] Tel est le cas, notamment, des articles 6 à 11, 41 et 42 du projet. Dans la mesure où ceux-ci ainsi que d'autres dispositions ont déjà fait l'objet de l'avis 38.703/1/V que le Conseil d'État, section de législation, a émis le 6 septembre 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 15 juin 2006 (*Doc. parl*. Chambre, n° 51-2237/1, 132-146), il peut suffire de renvoyer aux observations relatives à ces dispositions formulées dans l'avis concerné.

[14] Ainsi, par exemple, il est fait erronément mention de l'article 13 du projet de loi, en ce qui concerne la transposition de l'article 2 de la directive. Il en est de même de la référence à l'article 17, § 2, 1°, du projet de loi, pour ce qui est de la transposition de l'article 13, a), de la directive. La référence aux différentes subdivisions de l'article 25, 1°, du projet de loi, pour ce qui concerne l'article 28, paragraphe 1, de la directive, n'est pas non plus correcte. C'est l'article 38 et non l'article 12 du projet de loi, comme l'indique erronément le tableau de transposition, qui transpose l'article 7 de la directive.

[15] Ainsi, le délégué a précisé que l'article 12, alinéa 3, du projet vise à transposer l'article 35, paragraphes 1 et 2, de la directive. Or, le tableau de transposition ne le mentionne pas.

2. La transposition de la directive fait partiellement l'objet d'arrêtés d'exécution. Cela implique qu'il faut prévoir suffisamment de délégations au Roi qui répondent aux principes régissant les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Conformément à ces principes, les choix politiques essentiels doivent être fixés par le pouvoir législatif, mais le soin d'arrêter les modalités de leur mise en œuvre peut être laissé au pouvoir exécutif. Dans des matières que la Constitution réserve à la loi, la faculté pour le législateur de déléguer des pouvoirs au Roi est plus restreinte : en ce qui concerne ces matières, le législateur doit circonscrire une délégation éventuelle avec une précision suffisante et elle ne peut en principe porter que sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés préalablement par le législateur. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que le législateur peut confier au Roi le soin de fixer des éléments même essentiels, pourvu que cette délégation soit explicite et sans équivoque et que le pouvoir législatif examine les mesures prises par le Roi dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation [16].

En l'espèce, aucune des compétences que le projet de loi à l'examen délègue au Roi ne semble concerner des matières que la Constitution réserve à la loi. Les délégations prévues dans le projet doivent donc être uniquement examinées à la lumière des principes régissant les relations entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. Hormis l'exception mentionnée ci-après, on peut constater que les délégations accordées au Roi sont parfois particulièrement étendues, mais que les choix politiques essentiels sont néanmoins opérés dans la loi en projet même. Sous l'angle des principes généraux susmentionnés, les délégations contenues dans le projet sont dès lors admissibles.

Tel n'est pas le cas de l'article 22, alinéa 3, du projet qui, selon les déclarations du délégué, a pour objet de transposer l'article 19 de la directive. La disposition du projet citée en premier lieu charge le Roi de régler les modes de passation concernés et l'habilite à soumettre à des règles spécifiques de passation les marchés publics auxquels s'applique l'article 346, 1, b, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Or, l'article 19 de la directive concerne la présentation de variantes. On n'aperçoit dès lors pas comment l'article 22, alinéa 3, du projet peut habiliter le Roi à transposer la disposition concernée de la directive.

[16] Voir à cet égard, par exemple, Cour constitutionnelle n° 54/2008, 13 mars 2008, B.16; Cour constitutionnelle n° 83/2008, 27 mai 2008, B.5.2. Certains arrêts précisent encore qu'il faut déterminer qu'en l'absence de confirmation dans le délai prévu, les dispositions concernées sont réputées n'avoir jamais produit leurs effets (voir, par exemple, Cour constitutionnelle n° 195/2004, 1er décembre 2004, B.16.3).

3. Bien que la transposition de la directive s'effectue à différents niveaux réglementaires, on peut déjà relever que le projet de loi à l'examen doit être complété par un certain nombre de dispositions de transposition supplémentaires. Ainsi, le délégué a confirmé que le projet doit être complété par une disposition transposant l'article 1er, paragraphe 12, deuxième alinéa, de la directive [17]. En outre, l'article 37, § 1er, du projet de loi doit être complété en vue de la transposition de l'article 21, paragraphe 1, de la directive [18].

4. Dans des avis antérieurs, le Conseil d'État, section de législation, a exprimé le souci de faire un usage plus uniforme et cohérent de certaines notions fondamentales afin d'améliorer la lisibilité et l'accessibilité de la législation sur les marchés publics [19]. Force est de constater toutefois que si le projet définit certaines de ces notions fondamentales, telles que l'« attribution du marché public » (gunning van de overheidsopdracht) et la « conclusion du marché public » (sluiting van de overheidsopdracht), plusieurs dispositions du projet ne font pas un usage cohérent des notions ainsi définies. Ainsi, par exemple, les notions « procédures de passation », « règles de passation » et « modes de passation », dans le texte français, sont rendues à plusieurs reprises, respectivement, par les mots « gunningsprocedures », « gunningsregels » et « gunningswijzen », dans le texte néerlandais. Pour la notion « marché public conclu », dans le texte français, le texte néerlandais utilise parfois la notion « toegewezen overheidsopdracht » [20].

Par ailleurs, il est à noter que plusieurs dispositions du projet font mention de la « passation » du marché (plaatsing van de opdracht). Or, contrairement aux notions « attribution » et « conclusion » du marché, le texte du projet ne définit pas la notion « passation ».

Comme le relève également l'avis 49.529/1 que le Conseil d'État, section de législation, émet ce jour sur un projet de loi « modifiant la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services », il est recommandé, par souci de clarté de la législation de définir également la notion « passation du

[17] Relatif à l'interdiction de l'utilisation du processus itératif selon un dispositif électronique de présentation déterminé pour certains marchés de services et de travaux portant sur des prestations intellectuelles.

[18] Relatif à la liberté du soumissionnaire retenu de choisir ses sous-traitants.

[19] Voir notamment les observations que le Conseil d'État, section de législation, a formulées à cet égard dans l'avis 38.703/1/V déjà cité du 6 septembre 2005 sur un avant-projet de loi devenu la loi du 15 juin 2006 et dans l'avis 48.803/1 du 2 décembre 2010 sur un projet d'arrêté royal « relatif à la passation des marchés publics ».

[20] Voir l'article 42, § 4, alinéa 2, du projet.

marché » [21] dans le projet à l'examen. La notion concernée est en effet susceptible de faire l'objet d'une interprétation différente et doit être distinguée des notions précitées « attribution » et « conclusion » du marché public. La constatation que le terme « gunning », dans le texte néerlandais, est tantôt rendu par le mot « attribution » [22], tantôt par le mot « passation », dans le texte français, confirme la nécessité d'une définition adéquate et d'un usage plus cohérent des notions concernées dans l'ensemble du texte du projet. À cet effet, il y aura lieu de soumettre ce dernier à un examen complémentaire.

EXAMEN DU TEXTE

Article 2

Dans le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 2, 2°, du projet, on écrira « van de wet van 15 juni 2006 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, hierna de wet van 15 juni 2006 genoemd ».

Article 3

1. À la fin du texte néerlandais de l'article 3, 13°, du projet, on remplacera les mots « aan te duiden » par « aan te wijzen ».

Une observation similaire peut être formulée à l'égard de l'article 34 du projet.

2. Le début de la définition de la notion « achats civils » figurant à l'article 3, 18°, du projet, doit être formulé comme suit : « des marchés qui ne sont pas visés à l'article 15 et … ».

3. Bien que la définition de la notion « crise », à l'article 3, 21°, du projet soit la reproduction du texte français et du texte néerlandais de la définition figurant à l'article 1er, paragraphe 10, de la directive, il faut observer que le membre de phrase « ont des effets substantiels sur la valeur des biens » figurant dans le texte français ne coïncide pas avec les

[21] Généralement rendue dans le texte néerlandais par les mots « plaatsing van de opdracht », encore que, à l'article 33, § 1er, du projet, le mot « plaatsen », dans le texte néerlandais, corresponde au mot « recourir » dans le texte français. Sur ce point aussi, il faudrait tendre vers une plus grande uniformité.

[22] Ce qui correspond à la définition donnée dans le texte français et le texte néerlandais du projet.

termes néerlandais « of substantiële gevolgen heeft voor de materiële goederen van grote waarde ». Lorsqu'on transpose une directive, il faut éviter d'intégrer dans le droit interne des discordances entre plusieurs versions linguistiques. En pareil cas, il convient d'examiner, dans la mesure du possible, quelle intention sous-tend la disposition de la directive à mettre en œuvre et, compte tenu de celle-ci, de faire concorder les mesures de transposition des textes français et néerlandais.

Article 12

Dans le texte néerlandais de l'article 12, alinéa 3, du projet, il faut écrire « geen toegang tot de documenten betreffende de gunningsprocedure van de opdrachten zolang de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf geen beslissing heeft genomen ».

Article 14

L'article 14 du projet tend à mettre en œuvre la règle énoncée à l'article 10 de la directive. À ce propos, il faut observer que l'article 10, paragraphe 2, deuxième tiret, de la directive part de l'hypothèse où la centrale d'achat n'est pas un pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice. Le texte n'indique pas clairement si l'article 14 du projet implique également pareille hypothèse. Le délégué a fourni les informations suivantes à cet égard :

> « Volgens de definitie van 'aankoopcentrale' van artikel 1, 18°, van de richtlijn, die de mogelijke hypotheses afbakent, kan naast een aanbestedende dienst - waarmee in het voorontwerp de aanbestedende overheid en het overheidsbedrijf overeenstemmen - enkel een Europese openbare instantie als aankoopcentrale optreden. De in artikel 10, paragraaf 2, tweede streepje, van de richtlijn vermelde hypothese van de aankoopcentrale die geen aanbestedende dienst is, is in dat opzicht verwarrend, daar ze ten onrechte doet uitschijnen dat naast de aanbestedende dienst en de Europese openbare instantie nog andere personen als aankoopcentrale zouden kunnen optreden, wat dus niet het geval is.
>
> Gezien de definitie van aankoop- of opdrachtencentrale van artikel 2, 4°, van het voorontwerp, wordt de hypothese van de aankoopcentrale die geen aanbestedende dienst is, bijgevolg wel degelijk omgezet nu de Europese openbare instantie daarin wordt vermeld ».

Par souci de clarté, il est préférable d'apporter ces précisions également dans l'exposé des motifs.

Article 18

1. Contrairement à ce qui est le cas dans le texte français de l'article 18, § 1er, 1°, du projet, le texte néerlandais de cette disposition s'écarte de l'article 12, a), de la directive. Il convient également d'aligner le texte néerlandais de l'article 18, § 1er, 1°, du projet sur la règle énoncée à l'article 12, a), de la directive.

2. Par analogie avec la règle énoncée à l'article 13, j), de la directive et dans le texte français, on écrira dans le texte néerlandais de l'article 18, § 2, 10°, du projet, « diensten voor onderzoek en ontwikkeling » plutôt que « onderzoek en ontwikkeling ».

Article 25

Les hypothèses visées à l'article 25, 1°, a) et b), du projet n'apparaissent pas à l'article 28 de la directive. Selon le délégué, la raison en est que celles-ci concernent des marchés qui n'entrent pas dans le champ d'application matériel de la directive. Il est recommandé d'apporter ces précisions dans l'exposé des motifs.

Article 27

L'article 1er, paragraphe 21, deuxième alinéa, de la directive, prévoit qu'aux fins du recours à la procédure visée par cet alinéa, un marché est considéré comme « particulièrement complexe » lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne sont objectivement pas en mesure, notamment, d' « établir le montage juridique et/ou financier d'un projet ». À l'article 27, alinéa 1er, du projet, il est précisé que le pouvoir adjudicateur ou l'entreprise publique ne peut être en mesure « d'évaluer ce que le marché peut offrir en termes de solutions techniques, financières ou juridiques ». Sur ce point, la disposition en projet ne paraît pas avoir la même portée que l'article 1er, paragraphe 21, deuxième alinéa, de la directive. Mieux vaudrait dès lors adapter la formulation de l'article 27, alinéa 1er, du projet.

Article 37

Au point 3 des « Observations générales », il a déjà été mentionné que l'article 37, § 1er, du projet de loi doit être complété en vue de la transposition de la règle énoncée à l'article 21, paragraphe 1er, de la directive.

En outre, le délégué a déclaré concernant la conformité de la disposition concernée du projet avec l'article 50, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive :

> « In haar huidige formulering blijkt de bepaling van artikel 37, § 1, eerste (dus niet tweede) lid, van het voorontwerp inderdaad voorbij te gaan aan de hypothese van de ondernemingen die een combinatie hebben gevormd. Het is aangewezen de bedoelde bepaling hiertoe aan te vullen.
>
> De bedoelde ruimere formulering zou overigens wel terug te vinden zijn in een bepaling van het in voorbereiding zijnde ontwerp van koninklijk besluit, meer bepaald in de ontworpen bepaling 140, § 3, naar mits de opname van de aldus ruimer geformuleerde bepaling in het voorontwerp van wet, zou de bepaling in het ontwerp van koninklijk besluit moeten worden geschrapt ».

Il faut donc encore adapter la formulation de l'article 37, § 1er, du projet à la lumière des explications fournies par le délégué.

Article 42

Dans la phrase introductive de l'article 42, § 2, du projet, il faut faire référence aux avances « prévues à l'article 8, alinéa 2 » (non: l'article 9, alinéa 2).

Cette observation vaut également pour l'article 42, § 3, du projet.

Article 48

Dans un souci de cohérence et de clarté de la réglementation, il est recommandé de préciser dans la loi même les limites du champ d'application de la loi du 30 mars 1976 relative aux mesures de redressement économique. L'article 57, § 3, alinéa 2, de la loi du 30 mars 1976 mentionne déjà plusieurs exceptions à l'interdiction d'indexation, visée au paragraphe 1er de cet article. Il serait donc préférable de mentionner les marchés publics concernés dans l'énumération d'exceptions à l'interdiction d'indexation figurant à l'article 57, § 3, alinéa 2, de la loi précitée du 30 mars 1976.

Article 50

L’article 50, alinéa 2, du projet précise, en ce qui concerne cet article et l’article 46, qu’ils entrent en vigueur le jour de leur publication au Moniteur belge.

À moins d'une raison particulière justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur, fixé par l'article 4, alinéa 2, de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, il faut renoncer à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

Annexes

À la fin de chaque annexe doivent figurer les mêmes signatures que celles qui apparaissent à la fin du dispositif de la loi en projet. Les signatures doivent chaque fois être précédées de la formule usuelle « Vu pour être annexé à … ».

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. SMETS, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
	M. RIGAUX, M. TISON,	assesseurs 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. M. VAN DAMME.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT

A. BECKERS M. VAN DAMME