RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 53.687/1
van 15 juli 2013

over

een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en tot bekrachtiging van verschillende artikelen van verschillende koninklijke besluiten genomen met toepassing van artikel 80, lid 3 tot 5, van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 53.687/1
du 15 juillet 2013

sur

un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et portant confirmation de différents articles de plusieurs arrêtés royaux pris en application de l’article 80, alinéas 3 à 5, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services’

Op 9 juli 2013 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en tot bekrachtiging van verschillende artikelen van verschillende koninklijke besluiten genomen met toepassing van artikel 80, lid 3 tot 5, van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 10 juli 2013. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraden, en Marleen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pierrot T'KINDT, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 15 juli 2013.

*

Le 9 juillet 2013, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi 'modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et portant confirmation de différents articles de plusieurs arrêtés royaux pris en application de l'article 80, alinéas 3 à 5, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 10 juillet 2013. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseillers d'État, et Marleen VERSCHRAEGHEN, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Pierrot T'KINDT, auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 15 juillet 2013.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling gemotiveerd door de omstandigheid dat

> "de Raad van State in zijn advies nr. 53.176/1 van 8 mei 2013 over het ontwerp van koninklijk besluit tot bepaling van de inwerkingtreding van de wet [...] overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan[1], heeft opgemerkt dat er een juridische leemte dreigt te ontstaan bij het uitblijven van een wettelijke bekrachtiging binnen de daarvoor bepaalde termijn van een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 12 september 2011 tot vaststelling, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, van de inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de uitvoeringsbepalingen ervan, alsook van de nadere toepassingsregels van die procedure.
>
> Deze opmerking van de Raad van State heeft ook betrekking op een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 24 januari 2012 tot vaststelling van de inwerkingtreding van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, alsook van de regels inzake motivering, informatie en rechtsmiddelen voor deze opdrachten.
>
> In artikel 80, vierde lid, van de wet [...] overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, is bepaald dat de koninklijke besluiten die in uitvoering van artikel 80, tweede lid, worden genomen, het voorwerp moeten uitmaken van een wettelijke bekrachtiging binnen twee jaar na hun inwerkingtreding.
>
> Aangezien het koninklijk besluit van 12 september 2011 in werking is getreden op 28 september 2011, dienen een aantal bepalingen van dit koninklijk besluit het voorwerp uit te maken van een wettelijke bekrachtiging vóór 28 september 2013.
>
> De betreffende bepalingen van het koninklijk besluit van 24 januari 2012 zijn in werking getreden op 6 februari 2012 en moeten het voorwerp uitmaken van een wettelijke bekrachtiging vóór 6 februari 2014. Om redenen van duidelijkheid zouden beide voormelde koninklijke besluiten evenwel samen dienen te worden bekrachtigd, temeer daar de wet van 17 juni 2013 op 1 juli 2013 in werking zal treden. Vanaf die datum stelt zich de vraag wat het lot is van beide vooralsnog niet bekrachtigde koninklijke besluiten, althans voor de periode vóór 1 juli 2013.
>
> Tevens moet dringend een materiële fout worden weggewerkt in artikel 35 van de wet van 17 juni 2013. In het derde lid van dit artikel wordt bepaald dat, wanneer de oorspronkelijke raming van de opdracht lager is dan het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking, maar het goed te keuren offertebedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde evenwel meer dan 20 % hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag, titel III van de wet van 17 juni 2013 van toepassing is (behalve de uitzondering bedoeld in artikel 44, 1°). Deze bepaling komt overeen met artikel 65/3 van de wet van 24 december 1993, maar werd niet overgenomen in de wet

[1] *Voetnoot 1 in de adviesaanvraag*: "Dat het KB van 2 juni 2013 is geworden ; *B.S.*, 5 juni 2013".

van 17 juni 2013, althans niet voor de gewone opdrachten (opdrachten die vallen onder Titel II, zie artikel 3). Er is geen enkele reden om deze bepaling te behouden voor de defensie- en veiligheidsopdrachten, terwijl deze bepaling niet van toepassing is voor de gewone opdrachten. Deze incoherentie dreigt aanleiding te geven tot onduidelijkheid bij de toepassing van de wet van 17 juni 2013. Deze materiële fout zou dan ook zo spoedig mogelijk moeten worden weggewerkt."

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond[2], alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP VAN WET

3. Met het om advies voorgelegde voorontwerp van wet wordt een tweeledig oogmerk nagestreefd.

Vooreerst strekt het ontwerp tot opheffing van artikel 35, derde lid, van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (artikel 2 van het ontwerp).[3]

Daarnaast beoogt het ontwerp "met ingang van hun respectieve dag van inwerkingtreding en tot en met 30 juni 2013" diverse artikelen te bekrachtigen van twee koninklijke besluiten die zijn tot stand gekomen met toepassing van artikel 80, derde tot vijfde lid, van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten' (artikel 3)[4].

---

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

[3] Bij artikel 35, derde lid, van de wet van 17 juni 2013 wordt, in afwijking van het eraan voorafgaande eerste lid, titel III van de voornoemde wet van 17 juni 2013, die handelt over de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen voor de overheidsopdrachten ressorterende onder de wet van 13 augustus 2011 'inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied', "behalve de uitzondering bedoeld in [het daaropvolgende] artikel 44, 1°", van toepassing verklaard "[w]anneer de oorspronkelijke raming van de opdracht lager is dan het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking, maar het goed te keuren offertebedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde evenwel meer dan 20 % hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag".

[4] Het betreft, enerzijds, het koninklijk besluit van 12 september 2011 'tot vaststelling, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, van de inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de uitvoeringsbepalingen ervan, alsook van de nadere toepassingsregels van die procedure' en, anderzijds, het koninklijk besluit van 24 januari 2012 'tot vaststelling van de inwerkingtreding van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, alsook van de regels inzake motivering, informatie en rechtsmiddelen voor deze opdrachten'.

Aan de ontworpen regeling wordt uitwerking gegeven met ingang van 1 juli 2013 (artikel 4).

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 4

4. De ontworpen regeling heeft uitwerking met ingang van 1 juli 2013 en heeft bijgevolg terugwerkende kracht.

In dat verband dient erop te worden gewezen dat volgens de vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof de niet-retroactiviteit van wetten een waarborg is ter voorkoming van rechtsonzekerheid. Die waarborg vereist dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht. De terugwerkende kracht kan enkel worden verantwoord wanneer zij onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang. Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot gevolg heeft dat de afloop van een of meer gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin wordt beïnvloed of dat rechtscolleges worden verhinderd zich uit te spreken over een rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers inbreuk maakt op de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden.[5]

Enkel met betrekking tot de retroactieve toepassing van de opheffingsbepaling van artikel 2 van het ontwerp kunnen in dat verband vragen rijzen. Het valt immers niet uit te sluiten dat de toepassing vanaf 1 juli 2013 van die bepaling tot gevolg heeft dat bepaalde waarborgen op het vlak van de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen met terugwerkende kracht niet meer gelden voor bepaalde overheidsopdrachten die onder de toepassing van de reeds genoemde wet van 13 augustus 2011 vallen. Het is derhalve niet onmogelijk dat het genoemde artikel zal interfereren met hangende rechtsgedingen en met een verminderde rechtsbescherming zal gepaard gaan. Hiervoor zou een verantwoording moeten kunnen worden gegeven die voldoet aan de door door het Grondwettelijk Hof gestelde vereisten. Dergelijke verantwoording dient te worden ingeschreven in de memorie van toelichting.

*

[5] Zie, onder meer: GwH 18 februari 2009, nr. 26/2009, B.13; 17 januari 2013, nr. 3/2013, B.4.

1. Conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée par la circonstance que

« de Raad van State in zijn advies nr. 53.176/1 van 8 mei 2013 over het ontwerp van koninklijk besluit tot bepaling van de inwerkingtreding van de wet [...] overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan[1], heeft opgemerkt dat er een juridische leemte dreigt te ontstaan bij het uitblijven van een wettelijke bekrachtiging binnen de daarvoor bepaalde termijn van een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 12 september 2011 tot vaststelling, wat de procedure van de concurrentiedialoog betreft, van de inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de uitvoeringsbepalingen ervan, alsook van de nadere toepassingsregels van die procedure.

Deze opmerking van de Raad van State heeft ook betrekking op een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 24 januari 2012 tot vaststelling van de inwerkingtreding van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, alsook van de regels inzake motivering, informatie en rechtsmiddelen voor deze opdrachten.

In artikel 80, vierde lid, van de wet [...] overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006, is bepaald dat de koninklijke besluiten die in uitvoering van artikel 80, tweede lid, worden genomen, het voorwerp moeten uitmaken van een wettelijke bekrachtiging binnen twee jaar na hun inwerkingtreding.

Aangezien het koninklijk besluit van 12 september 2011 in werking is getreden op 28 september 2011, dienen een aantal bepalingen van dit koninklijk besluit het voorwerp uit te maken van een wettelijke bekrachtiging vóór 28 september 2013.

De betreffende bepalingen van het koninklijk besluit van 24 januari 2012 zijn in werking getreden op 6 februari 2012 en moeten het voorwerp uitmaken van een wettelijke bekrachtiging vóór 6 februari 2014. Om redenen van duidelijkheid zouden beide voormelde koninklijke besluiten evenwel samen dienen te worden bekrachtigd, temeer daar de wet van 17 juni 2013 op 1 juli 2013 in werking zal treden. Vanaf die datum stelt zich de vraag wat het lot is van beide vooralsnog niet bekrachtigde koninklijke besluiten, althans voor de periode vóór 1 juli 2013.

Tevens moet dringend een materiële fout worden weggewerkt in artikel 35 van de wet van 17 juni 2013. In het derde lid van dit artikel wordt bepaald dat, wanneer de oorspronkelijke raming van de opdracht lager is dan het door de Koning vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking, maar het goed te keuren offertebedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde evenwel meer dan 20 % hoger is dan dit door de Koning vastgestelde bedrag, titel III van de wet van 17 juni 2013 van toepassing is (behalve de uitzondering bedoeld in artikel 44, 1°). Deze bepaling komt overeen met artikel 65/3 van de wet van 24 december 1993, maar werd niet overgenomen in de wet van 17 juni 2013, althans niet voor de gewone opdrachten (opdrachten die vallen onder Titel II, zie artikel 3). Er is geen enkele reden om deze bepaling te behouden voor de defensie- en veiligheidsopdrachten, terwijl deze bepaling niet van toepassing is voor de

[1] *Note 1 de la demande d'avis :* « Dat het KB van 2 juni 2013 is geworden ; *B.S.*, 5 juni 2013 ».

gewone opdrachten. Deze incoherentie dreigt aanleiding te geven tot onduidelijkheid bij de toepassing van de wet van 17 juni 2013. Deze materiële fout zou dan ook zo spoedig mogelijk moeten worden weggewerkt ».

*

2. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique [2] et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET DE LOI

3. L'avant-projet de loi soumis pour avis poursuit un double objectif.

Premièrement, le projet a pour objet d'abroger l'article 35, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services' (article 2 du projet) [3].

Deuxièmement, le projet a pour objet de confirmer « avec effet à la date de leur entrée en vigueur respective et ce jusqu'au 30 juin 2013 inclus » divers articles de deux arrêtés royaux adoptés en application de l'article 80, alinéas 3 à 5, de la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' (article 3) [4].

Les dispositions en projet produisent leurs effets à partir du 1er juillet 2013 (article 4).

[2] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

[3] Par dérogation à l'alinéa 1er qui le précède, l'article 35, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 rend le titre III de la loi précitée du 17 juin 2013, qui traite de la motivation, de l'information et des voies de recours pour les marchés publics relevant de la loi du 13 août 2011 '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' applicable « (l)orsque l'estimation initiale du marché est inférieure au montant fixé par le Roi pour la publicité européenne, mais que le montant hors taxe sur la valeur ajoutée de l'offre à approuver est cependant supérieur de plus de 20 % à ce montant fixé par le Roi », « sauf l'exception prévue à l'article 44, 1° » qui suit.

[4] Il s'agit, d'une part, de l'arrêté royal du 12 septembre 2011 'fixant, en ce qui concerne la procédure de dialogue compétitif, l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses règles d'exécution, ainsi que les modalités particulières d'application de cette procédure' et, d'autre part, de l'arrêté royal du 24 janvier 2012 'fixant l'entrée en vigueur de la loi du 13 août 2011 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, ainsi que les règles relatives à la motivation, à l'information et aux voies de recours concernant ces marchés'.

EXAMEN DU TEXTE

Article 4

4. Les dispositions en projet produisent leurs effets à partir du 1er juillet 2013 et se voient donc conférer un effet rétroactif.

Il convient de rappeler à cet égard que, selon la jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, la non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que le justiciable puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte est accompli. La rétroactivité ne se justifie que si elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général. S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour effet que l'issue de l'une ou l'autre procédure judiciaire est influencée dans un sens déterminé ou que les juridictions sont empêchées de se prononcer sur une question de droit, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient l'intervention du législateur, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous [5].

Seule l'application rétroactive de la disposition abrogatoire de l'article 2 du projet est susceptible de faire naître des interrogations à ce sujet. En effet, on ne peut exclure que l'application de cette disposition à partir du 1er juillet 2013 implique que certaines garanties en matière de motivation, d'information et de voies de recours ne s'appliquent plus avec effet rétroactif pour certains marchés publics qui relèvent du champ d'application de la loi précitée du 13 août 2011. Dès lors, il n'est pas impossible que ledit article interfère dans des procédures judiciaires en cours et offre moins de protection juridique. À cette fin, il faudrait pouvoir fournir une justification qui satisfasse aux exigences de la Cour constitutionnelle. Cette justification devra figurer dans l'exposé des motifs.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Marleen VERSCHRAEGHEN Marnix VAN DAMME

[5] Voir, entre autres : C.C., 18 février 2009, n° 26/2009, B.13 ; 17 janvier 2013, n° 3/2013, B.4.