RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 62.959/1
van 9 maart 2018

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot aanduiding van een aanspreekpunt voor de samenwerking met de Europese Commissie inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten en tot oprichting van een Comité inzake het bestuur van de overheidsopdrachten’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 62.959/1
du 9 mars 2018

sur

un projet d’arrêté royal ‘désignant le point de contact en vue de collaborer avec la Commission européenne en matière de marchés publics et de contrats de concession et instaurant un Comité de la gouvernance des marchés publics’

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡

Op 8 februari 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot aanduiding van een aanspreekpunt voor de samenwerking met de Europese Commissie inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten en tot oprichting van een Comité inzake het bestuur van de overheidsopdrachten'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 1 maart 2018. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Wouter PAS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, 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 Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 9 maart 2018.

*

Le 8 février 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'désignant le point de contact en vue de collaborer avec la Commission européenne en matière de marchés publics et de contrats de concession et instaurant un Comité de la gouvernance des marchés publics'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 1er mars 2018. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Chantal BAMPS et Wouter PAS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, greffier.

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

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 9 mars 2018.

*

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡

STREKKING VAN HET ONTWERP VAN KONINKLIJK BESLUIT

Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot het aanwijzen van de Federale Overheidsdienst Kanselarij van de Eerste Minister, algemene directie Coördinatie en Juridische Zaken, dienst Overheidsopdrachten, als aanspreekpunt voor de samenwerking met de Europese Commissie, wat de toepassing betreft van de wetten en besluiten inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (artikel 1 van het ontwerp).

Daarnaast wordt voorzien in bijstand aan dat aanspreekpunt door een Comité inzake het bestuur van de overheidsopdrachten (hierna: het "Comité"). Die bijstand heeft betrekking op de opmaak van de rapporten bedoeld in artikel 163, § 3, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en in artikel 59, § 3, van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten', wat de gegevens van het federale niveau betreft. Het ontwerp regelt de samenstelling van dat comité dat bestaat uit een aantal verplichte en een aantal facultatieve afgevaardigden en plaatsvervangers. Tevens worden de duur van het mandaat van de voornoemde afgevaardigden en hun plaatsvervangers en het geval van voortijdige beëindiging van het mandaat geregeld. De afgevaardigden en de plaatsvervangers worden door de Eerste Minister benoemd, die tevens een ondervoorzitter aanduidt die de vergadering van het Comité leidt in geval van afwezigheid van de voorzitter. Het secretariaat van het Comité wordt waargenomen door de ambtenaren van de Federale Overheidsdienst Kanselarij van de Eerste Minister die door de Eerste Minister worden aangewezen (artikel 2).

Tot slot worden in het ontwerp de types van steekproefsgewijze monitoringactiviteiten bepaald die met toepassing van artikel 163, § 4, van de eerstgenoemde wet van 17 juni 2016 in aanmerking kunnen worden genomen en waarvan de resultaten door het voormelde aanspreekpunt kunnen worden opgevraagd bij de aanbesteders die onder de federale bevoegdheid vallen. Tevens wordt verduidelijkt welke informatie dat aanspreekpunt bij diezelfde aanbesteders kan opvragen (artikel 3).

RECHTSGROND

Als rechtsgrond voor de ontworpen regeling wordt blijkens de eerste twee leden van de aanhef van het ontwerp een beroep gedaan op de artikelen 163, §§ 2 en 4, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en artikel 59, § 2, van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten'. Door de gemachtigde is meegedeeld dat ook artikel 59, § 4, van de laatstgenoemde wet rechtsgrond biedt voor het ontwerp, zodat in de aanhef ook naar deze laatste wetsbepaling zou moeten worden verwezen.

De voornoemde wetsbepalingen kunnen inderdaad worden geacht rechtsgrond te bieden voor bepaalde onderdelen van de ontworpen regeling. Zij volstaan evenwel niet om tevens een voldoende wettelijke basis te verschaffen voor het oprichten en regelen van de samenstelling en de taken van het Comité inzake het bestuur van de overheidsopdrachten, zoals dit in het ontwerp van koninklijk besluit wordt geconcipieerd.

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡

De wetsbepalingen die in de aanhef van het ontwerp worden vermeld kunnen immers niet op een dienstige wijze worden ingeroepen voor het regelen van het Comité aangezien dit laatste, gezien de samenstelling ervan, niet samenvalt met, noch deel uitmaakt van het bij artikel 1 van het ontwerp ingestelde aanspreekpunt. Daarenboven is de bijstand die het Comité aan het aanspreekpunt dient te geven van een wezenlijke betekenis voor de uitoefening van de rapporteringsverplichtingen die het aanspreekpunt worden opgelegd door de artikelen 163, § 3, en 59, § 3, van de voornoemde wetten van 17 juni 2016.[1]

Wat dat betreft kan eraan worden herinnerd dat in de adviespraktijk van de Raad van State, afdeling Wetgeving, herhaaldelijk is aangenomen dat op grond van hetzij het enkele artikel 37 van de Grondwet, hetzij de artikelen 37 en 107, tweede lid, van de Grondwet, adviesorganen of ondersteunende commissies of comités kunnen worden opgericht, voor zover het louter binnen het bestuur georganiseerde instanties betreft die tot taak hebben de federale uitvoerende macht voor te lichten of niet-bindende adviezen of voorstellen te doen. Indien evenwel de raadpleging van een adviesorgaan of de bijstand van een commissie of comité verplicht is, het om een advies of bijstand met een bindend karakter gaat, derden van buiten het federale bestuur deel uitmaken van de adviserende of bijstand verlenende instantie of bij de advisering of bijstand worden betrokken, of indien verplichtingen worden opgelegd aan derden, zoals door te bepalen dat zij kandidaten moeten voordragen als leden van de instantie, dienen de oprichting, de opdrachten en de samenstelling van de instantie, de vergoedingen of bezoldigingen die eventueel aan de leden ervan worden toegekend, alsmede de essentiële regels inzake de werking ervan, door de wetgever te worden bepaald. Minstens zou dan de wetgever voor de regeling van die gegevens moeten voorzien in een uitdrukkelijke opdracht of machtiging aan de Koning.

Vastgesteld moet worden dat de regeling die inzake de samenstelling en de taken van het Comité in het ontwerp is opgenomen, van die aard is dat niet valt aan te nemen dat daarvoor zou kunnen worden volstaan om een beroep te doen op artikel 37 van de Grondwet, al dan niet gelezen in samenhang met artikel 107, tweede lid, van de Grondwet. Evenmin werd door de wetgever voorzien in de oprichting van het Comité, laat staan dat hij daarvoor aan de Koning enige opdracht of machtiging zou hebben verleend.

Uit wat voorafgaat kan niet anders dan worden afgeleid dat voor een wezenlijk onderdeel van het ontwerp – meer in het bijzonder voor de artikelen 2 en 3, eerste lid, 5° tot 7° – geen rechtsgrond voorhanden is. Opdat de in het ontwerp vervatte regeling met betrekking tot het Comité doorgang zou kunnen vinden, zou daarvoor door de wetgever vooraf in een voldoende rechtsgrond moeten worden voorzien.

[1] Zie ook het overleg in de schoot van het Comité dat wordt voorgeschreven in artikel 3, eerste lid, 5° tot 7°, van het ontwerp.

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡

Omdat de regeling betreffende het Comité substantieel is voor de werking van het aanspreekpunt en het ontbreken van een rechtsgrond daarvoor van aard is om de wettigheid en de werkbaarheid van het door het ontwerp beoogde systeem van samenwerking met de Europese Commissie aan te tasten, ziet de Raad van State, afdeling Wetgeving, zich ertoe genoopt om zich in de huidige stand van de wetgeving te onthouden van een verder onderzoek van het hem om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit.[2]

*

[2] De aanvulling van de betrokken wetsbepalingen waartoe dit advies noopt, kan dan bovendien eventueel te baat worden genomen om de omschrijving van het personeel toepassingsgebied van artikel 163, § 4, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' ("… aanbesteders die onder de federale overheid vallen") af te stemmen op het toepassingsgebied dat blijkbaar wordt beoogd in artikel 3 van het ontwerp ("… aanbesteders die onder de federale bevoegdheid vallen"). Deze suggestie kan ook worden betrokken op artikel 59, § 4, van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten' ("… aanbesteders die onder de Federale Staat vallen").

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡

PORTÉE DU PROJET D'ARRÊTÉ ROYAL

Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de désigner le Service public fédéral Chancellerie du Premier Ministre, direction générale Coordination et Affaires juridiques, service des marchés publics, comme point de contact pour la coopération avec la Commission européenne en ce qui concerne l'application des lois et arrêtés relatifs aux marchés publics et contrats de concession (article 1er du projet).

En outre, il prévoit que ce point de contact est assisté par un Comité de la gouvernance des marchés publics (ci-après : le « Comité »). Cette assistance porte sur l'élaboration des rapports visés à l'article 163, § 3, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et à l'article 59, § 3, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', en ce qui concerne les données du niveau fédéral. Le projet règle la composition de ce comité qui comptera plusieurs délégués et suppléants obligatoires et facultatifs. De plus, il règle la durée du mandat des délégués précités et de leurs suppléants et la fin du mandat avant terme. Les délégués et les suppléants sont nommés par le Premier Ministre, qui désigne également un vice-président qui préside la réunion du Comité en l'absence du président. Le secrétariat du Comité est assuré par les fonctionnaires du Service public fédéral Chancellerie du Premier Ministre que celui-ci désigne (article 2).

Enfin, le projet détermine les types d'opérations de contrôle par sondage (non : les types de résultats des opérations de contrôle par sondage) qui peuvent être pris en considération en application de l'article 163, § 4, de la loi du 17 juin 2016 citée en premier et dont les résultats peuvent être demandés par le point de contact précité aux adjudicateurs relevant des compétences fédérales. Il précise par ailleurs les informations que ce point de contact peut demander à ces mêmes adjudicateurs (article 3).

FONDEMENT JURIDIQUE

Selon les deux premiers alinéas du préambule du projet, le fondement juridique du régime en projet est recherché dans l'article 163, §§ 2 et 4, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et dans l'article 59, § 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'. Le délégué a déclaré que l'article 59, § 4, de cette dernière loi procure également un fondement juridique au projet, de sorte que le préambule devrait également viser cette dernière disposition légale.

En effet, les dispositions légales précitées peuvent être réputées procurer un fondement juridique à certaines parties du régime en projet. Elles ne suffisent toutefois pas pour procurer également une base légale suffisante pour créer et réglementer la composition et les missions du Comité de la gouvernance des marchés publics, tel que le projet d'arrêté royal le conçoit.

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡

En effet, les dispositions légales mentionnées dans le préambule du projet ne peuvent pas être invoquées utilement pour réglementer le Comité, étant donné que ce dernier, au vu de sa composition, ne correspond pas au point de contact instauré par l'article 1er du projet, et n'en fait pas non plus partie. De surcroît, l'assistance que le Comité doit fournir au point de contact est d'une importance essentielle pour l'exercice des obligations relatives à l'établissement d'un rapport que les articles 163, § 3, et 59, § 3, des lois précitées du 17 juin 2016 [1] imposent au point de contact.

Sur ce point, on peut rappeler que la légisprudence de la section de législation du Conseil d'État a admis à plusieurs reprises que des organes consultatifs ou des commissions ou des comités d'appui peuvent être créés, en vertu soit du seul article 37 de la Constitution, soit des articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, pour autant qu'il s'agisse d'organismes purement internes à l'administration qui ont pour tâche d'informer le pouvoir exécutif fédéral ou de formuler des propositions ou des avis non contraignants. Si, toutefois, la consultation d'un organe consultatif ou l'assistance d'une commission ou d'un comité est obligatoire, s'il s'agit d'un avis ou d'une assistance à caractère obligatoire, si des tiers étrangers à l'administration fédérale font partie de cet organe consultatif ou d'assistance ou sont impliqués dans l'élaboration des avis ou dans l'assistance ou si des obligations sont imposées à des tiers, en prévoyant, notamment, de présenter des candidats comme membres de l'organe, la création, les missions et la composition de l'organe, les indemnités ou rémunérations qui sont éventuellement octroyées aux membres ainsi que les règles essentielles de son fonctionnement doivent être réglées par le législateur. Le législateur devrait alors au moins prévoir une délégation ou une habilitation expresse au Roi en vue de régler ces éléments.

Force est de constater que le régime relatif à la composition et aux missions du Comité, figurant dans le projet, est de nature telle qu'il ne peut être admis qu'il pourrait suffire à cet effet de recourir à l'article 37 de la Constitution, combiné ou non avec l'article 107, alinéa 2, de la Constitution. Le législateur n'a pas non plus prévu la création du Comité, pas plus qu'il n'aurait prévu une quelconque délégation ou habilitation au Roi dans cette optique.

Dès lors, il peut uniquement se déduire de ce qui précède qu'une partie essentielle du projet – plus particulièrement les articles 2 et 3, alinéa 1er, 5° à 7° – est dépourvue de fondement juridique. Pour que les mesures relatives au Comité, inscrites dans le projet, puissent se concrétiser, le législateur devrait prévoir au préalable un fondement juridique suffisant à cet effet.

[1] Voir également la concertation au sein du Comité prescrite à l'article 3, alinéa 1er, 5° à 7°, du projet.

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡

Le régime relatif au Comité étant essentiel pour le fonctionnement du point de contact et l'absence d'un fondement juridique à cet égard étant de nature à altérer la légalité et l'efficacité du système de collaboration avec la Commission européenne visé par le projet, le Conseil d'État, section de législation, se voit contraint, en l'état actuel de la législation, de renoncer à poursuivre l'examen du projet d'arrêté royal qui lui est soumis pour avis [2].

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

[2] En outre, l'ajout aux dispositions légales concernées, que commande le présent avis, peut alors être éventuellement mis à profit pour aligner la définition du champ d'application *ratione personae* de l'article 163, § 4, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' (« ... adjudicateurs qui relèvent de l'État fédéral ») sur celui qui est apparemment visé à l'article 3 du projet (« ... adjudicateurs relevant des compétences fédérales »). Cette suggestion peut également s'appliquer à l'article 59, § 4, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' (« ... adjudicateurs qui relèvent de l'État fédéral »).

‡LW-CDDSKEEFC-GCJFJVT‡