



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 68.511/2
du 17 décembre 2020

advies 68.511/2
van 17 december 2020

sur

over

un projet d'arrêté royal 'portant
exécution des articles 41, § 5,
et 44, § 4, de la loi du
18 décembre 2016 portant des
dispositions diverses en
matière de santé'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot uitvoering van de
artikelen 41, § 5, en 44, § 4,
van de wet van
18 december 2016 houdende
diverse bepalingen inzake
gezondheid'

Le 15 décembre 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal 'portant exécution des articles 41, § 5 et 44, § 4 de la loi du 18 décembre 2016 portant des dispositions diverses en matière de santé'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 17 décembre 2020. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Christian BEHRENDT et Jacques ENGLEBERT, assesseurs, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre VANDERNOOT.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 17 décembre 2020.

*

Op 15 december 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot uitvoering van de artikelen 41, § 5 en 44, § 4, van de wet van 18 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid'.

Het ontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 17 december 2020. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Patrick RONVAUX en Christine HOREVOETS, staatsraden, Christian BEHRENDT en Jacques ENGLEBERT, assessoren, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Xavier DELGRANGE, eerste auditeur-afdelingshoofd.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre VANDERNOOT.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 december 2020.

*

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

La lettre s'exprime en ces termes :

« De VZW Mdeon, die in het kader van de artikelen 41 tot en met 48 van de wet van 18 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid ('de zogenaamde Sunshine Act') taken uitvoert in naam en voor rekening van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten, staat omwille van de coronacrisis op de rand van het faillissement.

De primaire inkomstenbron van deze VZW is de vergoeding die zij ontvangt voor het verlenen van visa aan farmaceutische bedrijven die wetenschappelijke conferenties organiseren. Door de coronacrisis zijn er echter nauwelijks geen conferenties georganiseerd geweest in 2020, en heeft de VZW bijgevolg ook nauwelijks inkomsten.

De doelstelling van dit besluit is om op grond van artikel 41, § 5 *juncto* 44, § 4 een retributie in te voeren ten voordele van deze VZW, om haar financiële situatie te stabiliseren.

Deze retributies zullen verschuldigd zijn door ondernemingen die in het kader van bovenvernoemde wet een kennisgeving moeten doen. Krachtens artikel 42, § 2 van de wet moeten deze kennisgevingen gebeuren voor 31 mei. In de praktijk gebeuren deze kennisgevingen dus elk jaar in de periode van 1 januari tot 31 mei.

De kennisgevingen gebeuren dus reeds vanaf 1 januari. Indien het besluit haar doel, het stabiliseren van de financiële situatie van de VZW Mdeon, werkelijk wil realiseren, is vereist dat de retributies ook daadwerkelijk reeds op 1 januari kunnen worden geïnd. Zo niet zou de VZW Mdeon inkomsten mis lopen die voor de continuïteit van haar werking broodnodig zijn.

Omwille van het feit dat de noodzaak aan het financieren van de VZW Mdeon beperkt is tot de duur van de corona crisis, wordt de verplichting tot het betalen van een retributie beperkt in de tijd. De retributie geldt slechts voor kennisgevingen die worden gedaan voor het jaar 2021.

Indien de standaardtermijn voor het vragen van advies aan de Raad van State van 30 dagen zou worden gehanteerd, is het risico reëel dat de publicatie voor 1 januari 2021 niet zal lukken, en bijgevolg het intrinsieke doel van het besluit teniet wordt gedaan ».

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

EXAMEN DU PROJET

PRÉAMBULE

1. Il convient d'ajouter au préambule un premier alinéa visant l'article 108 de la Constitution, qui, combiné avec l'article 44, § 4, de la loi du 18 décembre 2016 'portant des dispositions diverses en matière de santé', procure un fondement légal à l'article 2 du projet.

2. Les alinéas 2 et 3 seront omis dès lors que les arrêtés royaux qu'ils visent ne constituent pas le fondement juridique du projet et ne sont pas modifiés par lui.

Ils peuvent figurer au préambule sous la forme de considérants, à placer après les visas.

DISPOSITIF

1. L'article 41, § 5, de la loi du 18 décembre 2016, qui dispose que « [l]a notification peut donner lieu au paiement d'une redevance dont le montant est fixé par le Roi », figurait à l'article 35, § 5, de l'avant-projet soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État et était rédigé comme suit :

« La notification peut donner lieu au paiement d'une rétribution ».

Dans son avis n° 59.706/1/V-2/V donné le 10 août 2016 sur l'avant-projet devenu la loi du 18 décembre 2016, la section de législation avait formulé l'observation suivante :

« La question se pose de savoir si cette rétribution est qualifiée de redevance ou d'impôt.

La section de législation attire l'attention de l'auteur de l'avant-projet sur le fait que pour pouvoir être qualifiée de redevance, la somme qui est à charge du débiteur doit correspondre à la valeur du service qu'il lui est rendu faute de quoi le montant devrait être qualifié d'impôt et devrait être partant fixé par le législateur.

Dans l'hypothèse où la 'rétribution' en question devait être qualifiée d'impôt, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait qu'aux termes de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, les 'éléments essentiels de l'impôt' doivent être fixés par la loi ¹ et que '[f]ont partie des éléments essentiels de l'impôt, la désignation des contribuables, la matière imposable, la base d'imposition, le taux d'imposition et les éventuelles exonérations' ² » ³.

Le législateur ayant opté pour l'établissement d'une redevance, il convient de s'assurer que les montants visés à l'article 1^{er} du projet correspondent à la valeur du service rendu.

¹ Note de bas de page n° 18 de l'avis cité : C.C., 16 juin 2011, n° 103/2011, B.5.1.

² Note de bas de page n° 19 de l'avis cité : Même arrêt, B.5.3.

³ Doc. parl., Chambre, 2016-2017, n° 2154/1, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/59706.pdf>.

Le délégué du Ministre a apporté sur ce point les explications suivantes :

« Les montants sont basés sur le coût supporté par l'ASBL Mdeon pour les tâches qu'elle exécute, et le nombre de notifications qui sont fait dans 2020. Le coût de la gestion de sa plateforme de transparence betransparant.be est environ 105.000 euros. Quand il y a un même nombre de notifications dans 2021 que dans 2020, les recettes seront suffisantes pour couvrir ce coût. Vous trouvez le calcul détaillé dans l'avis de l'Inspection des Finances.

La redevance a seulement le but de rembourser les frais encourus par l'ASBL Mdeon dans l'accomplissement de ses tâches ».

Au vu de l'avis de l'Inspection des Finances, ces montants paraissent justifiés et la rétribution peut donc être qualifiée de redevance.

2. L'avis n° 59.706/1/V-2/V contenait encore l'observation suivante :

« Comme exposé dans l'observation générale, le recours à un organisme agréé a pour but de favoriser l'autorégulation du secteur et s'inspire du système mis en place par l'article 10 de la loi du 25 mars 1964 'relative aux médicaments'.

Contrairement au système prévu par cette dernière disposition, les articles 38 et 39 de l'avant-projet n'autorisent cependant l'agrément que d'un seul organisme.

Il convient dès lors de s'assurer du respect du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination en précisant qu'un tel agrément sera précédé d'un appel à candidatures ⁴ publié au *Moniteur belge* ⁵ ».

Dans le présent dossier, l'avis de l'Inspecteur des Finances expose ce qui suit :

« Blijkt dat er geen gevolg is gegeven aan deze opmerking. Op een vraag van de Inspectie van financiën heeft het FAGG geantwoord :

“Neen, er is destijds geen oproep tot kandidaten geweest. De reden hiervoor is eenvoudigweg omdat er slechts 1 instelling bestond die aan de voorwaarden tot erkenning voldeed, zijnde Mdeon. Aangezien er slechts 1 rechtspersoon bestond die in staat was om de beoogde rol op zich te nemen, werd geopteerd om rechtstreeks met deze te onderhandelen. Publicatie van een oproep tot kandidaatstelling zou uiteraard wel aan de orde zijn geweest indien er meerdere kandidaten beschikbaar zouden zijn.

⁴ Note de bas de page n° 20 de l'avis cité : Voir dans le même sens l'avis 48.292/2 donné le 14 juin 2010 sur un avant-projet devenu le décret du 22 juillet 2010 'créant un Conseil de la Fiscalité et des Finances de Wallonie', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2009-2010, n° 202/1, pp. 6-9, observation formulée sous l'article 4, l'avis 54.015/4 donné le 15 octobre 2013 sur un avant-projet devenu le décret du 23 janvier 2014 'relatif à la reconnaissance et au subventionnement des associations environnementales et modifiant le Livre I^{er} du Code de l'Environnement et le décret du 6 novembre 2008 portant rationalisation de la fonction consultative', *Doc. parl.*, Parl. wall., 2013-2014, n° 925/1, pp. 16-23, obs. n° 3 sous l'article 29, sp. la note de bas de page 16 et l'avis 56.777/4 donné le 26 novembre 2014 sur un avant-projet devenu le décret du 22 janvier 2015 'instaurant le Conseil wallon du bien-être des animaux', *Doc. parl.*, Parl. wall. 2014-2015, n° 90/1, pp. 5-6. Voir également l'arrêt n° 224.602 du 11 septembre 2013, SZYMKOWICZ c/ Communauté française.

⁵ Note de bas de page n° 21 de l'avis cité : Voir l'avis 56.021/4 donné le 7 mai 2014 sur un projet devenu l'arrêté royal du 13 juin 2014 'portant règlement de la composition et du fonctionnement du comité consultatif pour les voyageurs ferroviaires'.

De Raad van State bemerkte hieromtrent in haar advies 59.706 betreffende de wet van 18 december 2016: “Teneinde ervoor te zorgen dat het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie wordt nageleefd moet bepaald worden dat een dergelijke erkenning moet worden voorafgegaan door een oproep tot gegadigden die in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt.”

Het FAGG is echter van mening dat het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet kan worden geschonden indien er in de praktijk geen benadeelde partijen bestaan die gediscrimineerd kunnen worden”.

De Inspectie van financiën kan zich niet vinden in dit antwoord. Het is niet omdat men maar één kandidaat kent, dat er maar één kandidaat is. En er hadden na de oproep in het Staatsblad nog andere kandidaten kunnen worden opgericht ⁶.

Ook Europa kent het principe van gelijkheid en niet-discriminatie en heeft dit vertaald in zowel het beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling ⁷ als in het transparantiebeginsel ⁸.

En volgens het transparantiebeginsel had men dus een oproep moeten publiceren ».

Invité à réagir à cette critique, le délégué du Ministre a répondu ce qui suit :

« Nous sommes en accord qu’il s’agit d’un marché public et que nous aurions dû faire un appel à candidatures publié au *Moniteur belge*. Nous avons l’intention de rectifier cela et de lancer un appel à candidatures à l’avenir pour garantir les principes d’égalité et non-discrimination.

Mais dans ce cas, l’introduction d’une redevance est seulement une mesure d’urgence temporaire pour assurer que l’ASBL Mdeon peut continuer à accomplir ses tâches dans l’intérêt public dans 2021. Parce que les notifications doivent être effectuées entre le 1^{er} janvier et le 30 mai, il n’y a plus de temps pour publier un appel à candidatures, aussi pour la raison qu’il n’y a pas des organisations qui remplissent les conditions de reconnaissance et il est peu probable qu’une autre soit mise en place dans un délai aussi court ».

⁶ Note de bas de page n° 2 de l’avis cité : Cfr Minderhedenforum en Join.Vlaanderen.

⁷ Note de bas de page n° 3 de l’avis cité : Het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers is het basisbeginsel van het aanbestedingsrecht (C-243/89 Storebaelt). Dit beginsel bevordert de ontwikkeling van de mededinging en zorgt er voor dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen (C-496/99 Succhi di Frutta). Meer informatie over deze zaken leest u onder jurisprudentie.

Discriminatie naar nationaliteit is in het Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU) expliciet uitgesloten. Er mag geen ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt worden tussen lidstaten en tussen EU-burgers op basis van nationaliteit (art. 18 VWEU). Non-discriminatie moet ervoor zorgen dat deelnemers niet bevoordeeld of benadeeld worden ten opzichte van derden of elkaar.

Verboden, discriminerende voorwaarde

Een voorbeeld van een verboden, discriminerende voorwaarde is de eis dat ondernemers die interesse hebben in de opdracht in dezelfde lidstaat of regio als de aanbestedende dienst gevestigd moeten zijn (C-324/98 Telaustria).

⁸ Note de bas de page n° 4 de l’avis cité : Het transparantiebeginsel is gericht op gelijke kansen voor alle deelnemers bij het formuleren van de offerte die zij opmaken. Het is afgeleid van het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie. Aan potentiële deelnemers moet een voldoende mate van openbaarheid gegarandeerd worden. Zo staat de markt open voor mededinging. Een onderneming die gevestigd is in een andere lidstaat krijgt toegang tot relevante criteria en eisen, zodat deze interesse voor de opdracht kan tonen.

Il n'en demeure pas moins que l'absence d'appel à candidature vicie la désignation de l'ASBL Mdeon, qui a été faite par l'arrêté royal du 31 juillet 2017 'portant agréation de l'organisation visée à l'article 44, § 1^{er} de la loi du 18 décembre 2016 portant des dispositions diverses en matière de santé'.

*

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisend karakter ervan.

In casu luidt de motivering in de brief met de adviesaanvraag als volgt:

“De VZW Mdeon, die in het kader van de artikelen 41 tot en met 48 van de wet van 18 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid (‘de zogenaamde Sunshine Act’) taken uitvoert in naam en voor rekening van het Federaal Agentschap voor Geneesmiddelen en Gezondheidsproducten, staat omwille van de coronacrisis op de rand van het faillissement.

De primaire inkomstenbron van deze VZW is de vergoeding die zij ontvangt voor het verlenen van visa aan farmaceutische bedrijven die wetenschappelijke conferenties organiseren. Door de coronacrisis zijn er echter nauwelijks geen conferenties georganiseerd geweest in 2020, en heeft de VZW bijgevolg ook nauwelijks inkomsten.

De doelstelling van dit besluit is om op grond van artikel 41, § 5 *juncto* 44, § 4 een retributie in te voeren ten voordele van deze VZW, om haar financiële situatie te stabiliseren.

Deze retributies zullen verschuldigd zijn door ondernemingen die in het kader van bovenvernoemde wet een kennisgeving moeten doen. Krachtens artikel 42, § 2 van de wet moeten deze kennisgevingen gebeuren voor 31 mei. In de praktijk gebeuren deze kennisgevingen dus elk jaar in de periode van 1 januari tot 31 mei.

De kennisgevingen gebeuren dus reeds vanaf 1 januari. Indien het besluit haar doel, het stabiliseren van de financiële situatie van de VZW Mdeon, werkelijk wil realiseren, is vereist dat de retributies ook daadwerkelijk reeds op 1 januari kunnen worden geïnd. Zo niet zou de VZW Mdeon inkomsten mis lopen die voor de continuïteit van haar werking broodnodig zijn.

Omwille van het feit dat de noodzaak aan het financieren van de VZW Mdeon beperkt is tot de duur van de corona crisis, wordt de verplichting tot het betalen van een retributie beperkt in de tijd. De retributie geldt slechts voor kennisgevingen die worden gedaan voor het jaar 2021.

Indien de standaardtermijn voor het vragen van advies aan de Raad van State van 30 dagen zou worden gehanteerd, is het risico reëel dat de publicatie voor 1 januari 2021 niet zal lukken, en bijgevolg het intrinsieke doel van het besluit teniet wordt gedaan”.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

AANHEF

1. In de aanhef dient een eerste lid toegevoegd te worden om te verwijzen naar artikel 108 van de Grondwet, dat in combinatie met artikel 44, § 4, van de wet van 18 december 2016 ‘houdende diverse bepalingen inzake gezondheid’ rechtsgrond oplevert voor artikel 2 van het ontwerp.

2. Het tweede en het derde lid moeten weggelaten worden, aangezien de koninklijke besluiten die daarin vermeld worden niet de rechtsgrond van het ontwerp vormen en ze bij het ontwerp evenmin gewijzigd worden.

Ze kunnen als overwegingen in de aanhef opgenomen worden na de aanhefverwijzingen.

DISPOSITIEF

1. Artikel 41, § 5, van de wet van 18 december 2016, naar luid waarvan “[d]e kennisgeving (...) aanleiding [kan] geven tot de betaling van een retributie (in de Franse tekst: ‘redevance’) waarvan het bedrag door de Koning wordt bepaald”, luidde als volgt in artikel 35, § 5, van het voorontwerp dat destijds om advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd is:

“De kennisgeving kan aanleiding geven tot de betaling van een retributie (in de Franse tekst ‘rétribution’) (...)”.

In advies 59.706/1/V-2/V, dat op 10 augustus 2016 gegeven is over het voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 18 december 2016, heeft de afdeling Wetgeving de volgende opmerking gemaakt:

“De vraag rijst of die retributie een vergoeding is of een belasting.

De afdeling Wetgeving maakt de steller van het voorontwerp er opmerkzaam op dat het bedrag dat ten laste van de schuldenaar is, moet overeenstemmen met de waarde van de hem verstrekte dienst om als een vergoeding te worden bestempeld, zo niet zou het bedrag als een belasting moeten worden beschouwd en dus door de wetgever moeten worden vastgesteld.

Ingeval de betreffende ‘retributie’ als een belasting moet worden beschouwd, wordt de steller van het voorontwerp er opmerkzaam op gemaakt dat, overeenkomstig de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, de ‘essentiële elementen van de belasting’ bij wet moeten worden vastgelegd¹ en dat ‘de aanwijzing van de belastingplichtigen, de belastbare materie, de heffingsgrondslag, de aanslagvoet en de eventuele belastingvrijstellingen [tot de essentiële elementen van de belasting behoren]’^{2,3}.

¹ Voetnoot 18 van het geciteerde advies: GwH 16 juni 2011, nr. 103/2011, B.5.1.

² Voetnoot 19 van het geciteerde advies: Zelfde arrest, B.5.3.

Aangezien de wetgever ervoor gekozen heeft een vergoeding op te leggen, dient men zich ervan te vergewissen of de bedragen die in artikel 1 van het ontwerp vermeld worden wel overeenstemmen met de waarde van de geleverde dienst.

De gemachtigde van de minister heeft op dat punt de volgende uitleg verschaft:

“Les montants sont basés sur le coût supporté par l’ASBL Mdeon pour les tâches qu’elle exécute, et le nombre de notifications qui sont fait dans 2020. Le coût de la gestion de sa plateforme de transparence betransparant.be est environ 105.000 euros. Quand il y a un même nombre de notifications dans 2021 que dans 2020, les recettes seront suffisantes pour couvrir ce coût. Vous trouvez le calcul détaillé dans l’avis de l’Inspection des Finances.

La redevance a seulement le but de rembourser les frais encourus par l’ASBL Mdeon dans l’accomplissement de ses tâches”.

Gelet op het advies van de Inspectie van Financiën lijken die bedragen verantwoord en kan de retributie dus als een vergoeding beschouwd worden.

2. In advies 59.706/1/V-2/V is ook de volgende opmerking gemaakt:

“Zoals uiteengezet in de algemene opmerking, wordt gewerkt met een erkende instelling om de zelfregulering van de sector aan te moedigen. De regeling is gebaseerd op de regeling die ingevoerd is bij artikel 10 van de wet van 25 maart 1964 ‘op de geneesmiddelen’.

In tegenstelling tot de regeling waarin die laatstgenoemde bepaling voorziet, mag op grond van de artikelen 38 en 39 van het voorontwerp echter maar één enkele instelling worden erkend.

Teneinde ervoor te zorgen dat het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie wordt nageleefd moet bepaald worden dat een dergelijke erkenning moet worden voorafgegaan door een oproep tot gegadigden⁴ die in het *Belgisch Staatsblad* wordt bekendgemaakt⁵”.

³ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2154/1, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/59706.pdf>.

⁴ *Voetnoot 20 van het geciteerde advies*: Zie in dezelfde zin advies 48.292/2 dat op 14 juni 2010 is gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 22 juli 2010 ‘houdende oprichting van een “Conseil de la Fiscalité et des Finances de Wallonie”’, *Parl.St.* W.Parl. 2009-10, nr. 202/1, 6-9, opmerking m.b.t. artikel 4, advies 54.015/4, dat op 15 oktober 2013 is gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 23 januari 2014 ‘betreffende de erkenning en de subsidiëring van de milieuverenigingen en tot wijziging van Boek I van het Milieuwetboek en van het decreet van 6 november 2008 houdende rationalisatie van de adviesverlenende functie’, *Parl.St.* W.Parl. 2013-14, nr. 925/1, 16-23, opmerking 3 m.b.t. artikel 29, inzonderheid voetnoot 16, en advies 56.777/4, dat op 26 november 2014 is gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 22 januari 2015 ‘houdende oprichting van de “Conseil wallon du bien-être des animaux”’, *Parl.St.* W.Parl. 2014-15, nr. 90/1, 5-6. Zie ook arrest nr. 224.602 van 11 september 2013, *Szymkowicz t. Franse Gemeenschap*.

⁵ *Voetnoot 21 van het geciteerde advies*: Zie advies 56.021/4, dat op 7 mei 2014 is gegeven over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 13 juni 2014 ‘tot regeling van de samenstelling en de werking van het raadgevend comité van de treinreizigers’.

In voorliggend dossier staat in het advies van de inspecteur van Financiën het volgende te lezen:

“Blijkt dat er geen gevolg is gegeven aan deze opmerking. Op een vraag van de Inspectie van financiën heeft het FAGG geantwoord:

‘Neen, er is destijds geen oproep tot kandidaten geweest. De reden hiervoor is eenvoudigweg omdat er slechts 1 instelling bestond die aan de voorwaarden tot erkenning voldeed, zijnde Mdeon. Aangezien er slechts 1 rechtspersoon bestond die in staat was om de beoogde rol op zich te nemen, werd geopteerd om rechtstreeks met deze te onderhandelen. Publicatie van een oproep tot kandidaatstelling zou uiteraard wel aan de orde zijn geweest indien er meerdere kandidaten beschikbaar zouden zijn.

De Raad van State bemerkte hieromtrent in haar advies 59.706 betreffende de wet van 18 december 2016: ‘Teneinde ervoor te zorgen dat het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie wordt nageleefd moet bepaald worden dat een dergelijke erkenning moet worden voorafgegaan door een oproep tot gegadigden die in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt.’

Het FAGG is echter van mening dat het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel niet kan worden geschonden indien er in de praktijk geen benadeelde partijen bestaan die gediscrimineerd kunnen worden’.

De Inspectie van financiën kan zich niet vinden in dit antwoord. Het is niet omdat men maar één kandidaat kent, dat er maar één kandidaat is. En er hadden na de oproep in het Staatsblad nog andere kandidaten kunnen worden opgericht⁶.

Ook Europa kent het principe van gelijkheid en niet-discriminatie en heeft dit vertaald in zowel het beginsel van non-discriminatie en gelijke behandeling⁷ als in het transparantiebeginsel⁸.

En volgens het transparantiebeginsel had men dus een oproep moeten publiceren”.

⁶ Voetnoot 2 van het geciteerde advies: Cfr Minderhedenforum en Join.Vlaanderen.

⁷ Voetnoot 3 van het geciteerde advies: Het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers is het basisbeginsel van het aanbestedingsrecht (C-243/89 Storebaelt). Dit beginsel bevordert de ontwikkeling van de mededinging en zorgt er voor dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen (C-496/99 Succhi di Frutta). Meer informatie over deze zaken leest u onder jurisprudentie.

Discriminatie naar nationaliteit is in het Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU) expliciet uitgesloten. Er mag geen ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt worden tussen lidstaten en tussen EU-burgers op basis van nationaliteit (art. 18 VWEU). Non-discriminatie moet ervoor zorgen dat deelnemers niet bevoordeeld of benadeeld worden ten opzichte van derden of elkaar.

Verboden, discriminerende voorwaarde

Een voorbeeld van een verboden, discriminerende voorwaarde is de eis dat ondernemers die interesse hebben in de opdracht in dezelfde lidstaat of regio als de aanbestedende dienst gevestigd moeten zijn (C-324/98 Telaustria).

⁸ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Het transparantiebeginsel is gericht op gelijke kansen voor alle deelnemers bij het formuleren van de offerte die zij opmaken. Het is afgeleid van het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie. Aan potentiële deelnemers moet een voldoende mate van openbaarheid gegarandeerd worden. Zo staat de markt open voor mededinging. Een onderneming die gevestigd is in een andere lidstaat krijgt toegang tot relevante criteria en eisen, zodat deze interesse voor de opdracht kan tonen.

Naar aanleiding van het verzoek om op die kritiek te reageren heeft de gemachtigde van de minister het volgende te kennen gegeven:

“Nous sommes en accord qu’il s’agit d’un marché public et que nous aurions dû faire un appel à candidatures publié au *Moniteur belge*. Nous avons l’intention de rectifier cela et de lancer un appel à candidatures à l’avenir pour garantir les principes d’égalité et non-discrimination.

Mais dans ce cas, l’introduction d’une redevance est seulement une mesure d’urgence temporaire pour assurer que l’ASBL Mdeon peut continuer à accomplir ses tâches dans l’intérêt public dans 2021. Parce que les notifications doivent être effectuées entre le 1^{er} janvier et le 30 mai, il n’y a plus de temps pour publier un appel à candidatures, aussi pour la raison qu’il n’y a pas des organisations qui remplissent les conditions de reconnaissance et il est peu probable qu’une autre soit mise en place dans un délai aussi court”.

Dat alles neemt niet weg dat de aanwijzing van de vzw Mdeon, die gebeurd is bij koninklijk besluit van 31 juli 2017 ‘tot erkenning van de organisatie bedoeld in artikel 44, § 1, van de wet van 18 december 2016 houdende diverse bepalingen inzake gezondheid’, ongeldig is doordat er geen oproep tot kandidaten geweest is.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT