

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 43.784/1
VAN 8 NOVEMBER 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 5 november 2007 door de Eerste Minister verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet", heeft het volgende advies gegeven:

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit ontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State 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

"la Commission européenne a introduit les 14 et 15 juin 2007 un recours auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes en vue de faire condamner le Royaume de Belgique pour la non-transposition dans le délai respectivement de la directive 2004/17/CE (affaire C-287/07) et de la directive 2004/18/CE (affaire C-292/07). Le présent projet vise précisément à éviter une condamnation certaine et les sanctions y liées".

*
* *

Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde 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 alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*
* *

.../...

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

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

Aan de ontworpen wijzigingen ligt de bedoeling ten grondslag om, in afwachting dat de wetten van 15⁽¹⁾ en 16 juni 2006⁽²⁾ in werking treden, door middel van een aanpassing van de heden nog van toepassing zijnde regelgeving, de dwingende bepalingen van richtlijnen 2004/17/EG⁽³⁾ en 2004/18/EG⁽⁴⁾ in het interne recht om te zetten⁽⁵⁾ en op die wijze tegemoet te komen aan de bezwaren die de Europese Commissie in dat verband heeft geformuleerd. De ontworpen regeling is zodoende tijdelijk van aard, in die zin dat de definitieve omzetting van de voornoemde richtlijnen zal gebeuren door en ter uitvoering van de wetten van 15 en 16 juni 2006, van zodra die wetten in werking zullen zijn getreden en in de noodzakelijke uitvoeringsbesluiten ervan zal zijn voorzien.

2. De ontworpen regeling vindt vooreerst rechtsgrond in artikel 65 van de reeds genoemde wet van 24 december 1993, dat luidt:

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

(2) Wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.

(3) Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

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

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

"De Koning kan de maatregelen nemen, met inbegrip van de opheffing, aanvulling, wijziging of vervanging van wetsbepalingen, die nodig zijn om de omzetting te verzekeren van de verplichte bepalingen die voortvloeien uit het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap en de internationale maatregelen die genomen werden krachtens dit verdrag en die, enerzijds, de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen betreffen bedoeld in dit boek, en anderzijds, de opdrachten voor aanneming van diensten die zullen onderworpen worden aan de voornoemde verplichte bepalingen.

De maatregelen zullen het voorwerp uitmaken van een verslag dat zal voorgelegd worden aan de wetgevende Kamers in de loop van de zitting indien zij vergaderen, zo niet bij de aanvang van hun eerstvolgende zitting".

Aangezien de ontworpen wijzigingen onder de artikelen 2, 3, 5 en 6 van het ontwerp betrekking hebben op de opdrachten voor aanneming van werken en leveringen bedoeld in boek I van de wet van 24 december 1993, moet ook artikel 43, § 1, van die wet worden geacht rechtsgrond te bieden voor het ontwerp. Artikel 43, § 1, luidt:

"De Koning kan, voor de overheidsopdrachten en de concessies van openbare werken onderworpen aan dit boek, elke maatregel, met inbegrip van de opheffing, aanvulling, wijziging of vervanging van wetsbepalingen, nemen die nodig is om de omzetting te verzekeren van de verplichtingen die voortvloeien uit het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap en de internationale maatregelen die krachtens dit verdrag genomen werden.

Deze maatregelen zullen het voorwerp uitmaken van een verslag dat zal voorgelegd worden aan de wetgevende Kamers in de loop van de zitting indien zij vergaderen, zo niet bij de aanvang van hun eerstvolgende zitting".

Aan het einde van het eerste lid van de aanhef van het ontwerp moet derhalve de rechtsgrond voor het ontwerp worden gepreciseerd door te schrijven: "..., inzonderheid op de artikelen 43, § 1, eerste lid, en 65, eerste lid;".

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Rekening houdend met de omvang en de complexiteit van de hem om advies voorgelegde ontwerptekst en met het korte tijdsbestek dat hem voor het uitbrengen van zijn advies is gelaten, heeft de Raad van State, afdeling wetgeving, zich toegespitst op de vraag of met de ontworpen regeling richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG naar behoren zijn omgezet in de interne rechtsorde. Deze vraag houdt trouwens direct verband met de reden waarom de ontworpen regeling is uitgewerkt geworden.

.../...

De betrokken vraag valt niet makkelijk en met zekerheid te beantwoorden. Er is immers niet enkel de ingewikkeldheid van de voornoemde Europeesrechtelijke teksten, maar ook het gegeven dat de omzetting van de betrokken richtlijnen in het interne recht over diverse normatieve teksten, van uiteenlopende juridische waarde, wordt gespreid. Daar komt nog bij dat de omzetting van de richtlijnen in de ontworpen regeling wordt geënt op het bestaande wettelijke en reglementaire kader dat evenwel zal worden vervangen door de regelgeving die is vervat in de wetten van 15 en 16 juni 2006 en in de nog tot stand te brengen uitvoeringsbesluiten daarvan, eenmaal die regelgeving in werking zal zijn getreden. Deze complexiteit ten spijt, meent de Raad van State, afdeling wetgeving, niettemin te moeten opmerken wat volgt.

2. Er dient op te worden toegezien dat alle onderdelen van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG die binnen het regelgevende kader van de wet van 24 december 1993 en de uitvoeringsbesluiten ervan kunnen worden geïmplementeerd, ook effectief naar behoren in de interne rechtsorde worden omgezet. Bij sommige artikelen van het ontwerp is dat niet het geval of valt minstens te betwijfelen of de omzetting van de desbetreffende richtlijnbepalingen wel volkomen is.

In dat verband kan onder meer worden gewezen op wat volgt:

- met betrekking tot de ontworpen bepalingen onder artikel 21 van het ontwerp rijst de vraag op welke wijze erin wordt tegemoet gekomen aan het vereiste dat wordt vermeld in artikel 71, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG volgens hetwelk de mededelingen, uitwisselingen en opslag van gegevens op zodanige wijze geschieden dat de integriteit en het vertrouwelijke karakter van alle door de deelnemers aan de prijsvraag ingezonden informatie worden gehandhaafd. Een bepaling zoals die welke voorkomt in artikel 50 van het ontwerp en waarin wordt tegemoet gekomen aan het vereiste dat is ingeschreven in artikel 64, lid 2, van richtlijn 2004/17/EG, ontbreekt;

- gelet op de specificiteit van het geval beoogd in het ontworpen artikel 110, § 5, tweede lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ⁽⁶⁾ (artikel 26 van het ontwerp), lijkt ook het bepaalde in artikel 55, lid 3, van richtlijn 2004/18/EG te moeten worden omgezet. Naar luid van die bepaling is het zo dat, wanneer een aanbestedende dienst constateert dat een inschrijving abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft gekregen, de inschrijving uitsluitend op die grond kan worden afgewezen wanneer de inschrijver desgevraagd niet binnen een door de aanbestedende dienst bepaalde voldoende lange termijn kan aantonen dat de betrokken steun rechtmatig is toegekend;
- de ontworpen bepaling onder artikel 29 van het ontwerp is - alleszins op redactioneel vlak - niet geheel in overeenstemming met hetgeen artikel 38, lid 7, van richtlijn 2004/18/EG voorschrijft, namelijk dat "de termijnen voor de ontvangst van de inschrijvingen zodanig worden verlengd dat alle betrokken ondernemers van alle nodige informatie voor de opstelling van de inschrijvingen kennis kunnen nemen". In de ontworpen bepaling wordt enkel vermeld dat in het betrokken geval de termijnen "dienovereenkomstig" worden verlengd, hetgeen minder expliciet en minder duidelijk is dan in de aangehaalde richtlijn bepaling het geval is;
- bij de ontworpen bepalingen onder artikel 38 van het ontwerp rijst de vraag op welke wijze wordt tegemoet gekomen aan het bepaalde in artikel 64, lid 2, van richtlijn 2004/17/EG;
- bij de ontworpen bepaling onder artikel 43 van het ontwerp kan een gelijkaardige opmerking worden gemaakt als hetgeen ten aanzien van artikel 26 van het ontwerp is opgemerkt, zij het nu met verwijzing naar het bepaalde in artikel 57, lid 3, van richtlijn 2004/17/EG;
- het summiere karakter van de ontworpen bepalingen onder artikel 54 van het ontwerp beantwoordt op het eerste gezicht niet aan de meer uitgewerkte regeling die op dat vlak is vervat in artikel 49, leden 1 en 2, van richtlijn 2004/17/EG.

⁽⁶⁾ Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken.

3. Mochten de stellers van het ontwerp van oordeel zijn dat de onder 2 gesignaleerde onvolkomenheden worden opgevangen door andere wets- of reglementaire bepalingen, dan wordt zulks ter wille van de duidelijkheid en de rechtszekerheid best in het verslag aan de Koning geëxpliciteerd. Om dezelfde redenen verdient het aanbeveling dat de concordantietabel die aan de Raad van State, afdeling wetgeving, werd bezorgd en waaruit blijkt welke bepalingen van het ontwerp beogen welke bepalingen van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG in het interne recht om te zetten, mee zou worden bekendgemaakt.

De kamer was samengesteld uit

de Heren M. VAN DAMME, kamervoorzitter,

 J. BAERT,
 W. VAN VAERENBERGH, staatsraden,

Mevrouw G. VERBERCKMOES, griffier.

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

DE GRIFFIER,

DE VOORZITTER,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 43.784/1
DU 8 NOVEMBRE 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 5 novembre 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal "modifiant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et certains arrêtés royaux pris en exécution de cette loi", a donné l'avis suivant:

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*

* *

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

En l'occurrence, l'urgence est motivée par le fait que

"la Commission européenne a introduit les 14 et 15 juin 2007 un recours auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes en vue de faire condamner le Royaume de Belgique pour la non-transposition dans le délai respectivement de la directive 2004/17/CE (affaire C-287/07) et de la directive 2004/18/CE (affaire C-292/07). Le présent projet vise précisément à éviter une condamnation certaine et les sanctions y liées".

*

* *

Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 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 ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

* *

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

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

L'objectif poursuivi par ces modifications est, dans l'attente de l'entrée en vigueur des lois des 15 ⁽¹⁾ et 16 juin 2006 ⁽²⁾ et par une adaptation de la réglementation encore d'application à ce jour, de transposer ⁽³⁾ en droit interne les dispositions impératives des directives 2004/17/CE ⁽⁴⁾ et 2004/18/CE ⁽⁵⁾ et par là de rencontrer les objections formulées à cet égard par la Commission européenne. Partant, le texte en projet est de nature temporaire, dans la mesure où la transposition définitive des directives précitées se fera par les lois des 15 et 16 juin 2006 et en exécution de celles-ci, dès qu'elles entreranno en vigueur et que les arrêtés d'exécution nécessaires auront été adoptés.

2. Le texte en projet puise avant tout son fondement juridique dans l'article 65 de la loi précitée du 24 décembre 1993 qui s'énonce comme suit:

"Le Roi peut prendre les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement de dispositions légales, pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité instituant la Communauté économique européenne et des actes internationaux pris en vertu de

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

⁽²⁾ Loi du 16 juin 2006 relative à l'attribution, à l'information aux candidats et soumissionnaires et au délai d'attente concernant les marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

⁽³⁾ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

⁽⁴⁾ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

⁽⁵⁾ La transposition des deux directives devait intervenir au plus tard le 31 janvier 2006.

celui-ci et concernant, d'une part, les marchés de travaux et de fournitures visés par le présent livre et, d'autre part, les marchés de services qui seront soumis aux dispositions obligatoires précitées.

Ces mesures feront l'objet d'un rapport, qui sera soumis aux Chambres législatives au cours de la session, si elles sont réunies, sinon au début de leur session la plus proche".

Étant donné que les modifications prévues aux articles 2, 3, 5 et 6 du projet portent sur les marchés de travaux et de fournitures visés au Livre premier de la loi du 24 décembre 1993, il convient de considérer que l'article 43, § 1^{er}, de cette loi procure également un fondement juridique au projet. L'article 43, § 1^{er}, s'énonce comme suit:

"Le Roi peut prendre, pour les marchés publics et les concessions de travaux publics soumis au présent livre, les mesures nécessaires, y compris l'abrogation, l'ajout, la modification ou le remplacement de dispositions légales, pour assurer la transposition des dispositions obligatoires résultant du Traité instituant la Communauté économique européenne et des actes internationaux pris en vertu de celui-ci.

Ces mesures feront l'objet d'un rapport, qui sera soumis aux Chambres législatives au cours de la session, si elles sont réunies, sinon au début de leur session la plus proche".

À la fin du premier alinéa du préambule du projet, il faut donc préciser le fondement juridique en écrivant: "..., notamment les articles 43, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et 65, alinéa 1^{er};".

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Compte tenu de la longueur et de la complexité du projet qui lui est soumis pour avis et du bref délai qui lui a été imparti pour rendre son avis, le Conseil d'État, section de législation, a fait porter son examen essentiellement sur la question de savoir si le texte en projet transpose adéquatement les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE dans l'ordre juridique interne. Cette question est, au demeurant, directement liée aux motifs qui ont donné lieu à l'élaboration du texte en projet.

Il n'est pas aisé de répondre à cette question avec certitude. Non seulement, les textes de droit européen précités sont complexes, mais de plus, la transposition de ces directives en droit interne concerne plusieurs textes normatifs de valeur juridique différente. En outre, la transposition des directives dans la réglementation en projet vient se greffer sur le cadre légal et réglementaire en projet actuel qui sera toutefois lui-même remplacé par la réglementation inscrite dans les lois des 15 et 16 juin 2006 et dans leurs arrêtés d'exécution qui doivent encore intervenir, une fois que ces lois et arrêtés seront entrées en vigueur. En dépit de cette complexité, le Conseil d'État, section de législation, estime néanmoins devoir formuler les observations suivantes.

2. Il y a lieu de veiller à ce que toutes les composantes des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE qui peuvent être mises en oeuvre dans le cadre réglementaire de la loi du 24 décembre 1993 et de ses arrêtés d'exécution soient effectivement transposées correctement dans l'ordre juridique interne. Pour certains articles du projet, ce n'est pas le cas ou il est à tout le moins douteux que la transposition des dispositions concernées des directives soit complète.

À cet égard, il peut entre autres être fait état de ce qui suit:

- en ce qui concerne les dispositions envisagées à l'article 21 du projet, la question se pose de savoir comment il est répondu à l'exigence figurant à l'article 71, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE selon laquelle les communications, les échanges et le stockage d'informations sont faits de manière à garantir l'intégrité et la confidentialité de toute information transmise par les participants aux concours. Il manque une disposition comme celle prévue à l'article 50 du projet, qui rencontre l'obligation inscrite à l'article 64, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE;
- compte tenu de la spécificité du cas visé à l'article 110, § 5, alinéa 2, en projet de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ⁽⁶⁾ (article 26 du projet), il faut, semble-t-il, également transposer la disposition de l'article 55, paragraphe 3, de la directive 2004/18/CE. Cette disposition prévoit que le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État

⁽⁶⁾ Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement;

- la disposition envisagée à l'article 29 du projet n'est pas tout à fait – du moins d'un point de vue rédactionnel – en adéquation avec ce que prescrit l'article 38, paragraphe 7, de la directive 2004/18/CE, à savoir que "les délais de réception des offres sont prolongés de manière à ce que tous les opérateurs économiques concernés puissent prendre connaissance de toutes les informations nécessaires pour la formulation des offres". La disposition en projet indique uniquement que dans le cas visé, les délais sont prolongés "de façon adéquate", ce qui est moins explicite et moins clair que dans la directive;
- en ce qui concerne les dispositions envisagées à l'article 38 du projet, la question se pose de savoir comment il est donné suite à l'article 64, paragraphe 2, de la directive 2004/17/CE;
- en ce qui concerne la disposition envisagée à l'article 43 du projet, une observation similaire à celle faite à propos de l'article 26 du projet peut être formulée, en faisant référence cette fois à l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2004/17/CE;
- le caractère sommaire des dispositions envisagées à l'article 54 du projet ne répond à première vue pas à la réglementation plus élaborée sur ce point qui figure à l'article 49, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/17/CE.

3. Dans l'hypothèse où les auteurs du projet estiment que d'autres dispositions légales ou réglementaires remédient aux imperfections signalées au point 2, mieux vaudrait, dans un souci de clarté et de sécurité juridique, qu'ils l'expliquent dans le rapport au Roi. Pour les mêmes raisons, il est recommandé de publier également le tableau de correspondance transmis au Conseil d'État, section de législation, et qui indique quelles dispositions du projet entendent transposer quelles dispositions des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE en droit interne.

La chambre était composée de

Messieurs	M. VAN DAMME,	président de chambre,
	J. BAERT, W. VAN VAERENBERGH,	conseillers d'État,
Madame	G. VERBERCKMOES,	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,

G. VERBERCKMOES

M. VAN DAMME