RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 72.410/1
van 4 november 2022

over

een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de toekenning van voorschotten in het kader van overheidsopdrachten omwille van de economische situatie ingevolge de oorlog in Oekraïne’

CONSEIL D’ÉTAT
section de législation

avis 72.410/1
du 4 novembre 2022

sur

un projet d’arrêté royal ‘relatif à l’octroi d’avances dans le cadre des marchés publics en raison de la situation économique suite à la guerre en Ukraine’

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#

Op 25 oktober 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de toekenning van voorschotten in het kader van overheidsopdrachten omwille van de economische situatie ingevolge de oorlog in Oekraïne'.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 27 oktober 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Inge VOS, staatsraden, Johan PUT, assessor, en Wim GEURTS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Barbara SPEYBROUCK, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Inge VOS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 november 2022.

*

Le 25 octobre 2022, 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 projet d'arrêté royal 'relatif à l'octroi d'avances dans le cadre des marchés publics en raison de la situation économique suite à la guerre en Ukraine'.

Le projet a été examiné par la première chambre le 27 octobre 2022. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Chantal BAMPS et Inge VOS, conseillers d'État, Johan PUT, assesseur, et Wim GEURTS, greffier.

Le rapport a été présenté par Barbara SPEYBROUCK, premier auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 novembre 2022.

*

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, 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 als volgt:

> "Vu la récente guerre en Ukraine, les différentes sanctions imposées à la Russie et les fluctuations et surtout les augmentations de prix qui affectent actuellement le marché, notamment pour l'achat d'énergie et de carburants, il est urgent de permettre, de manière temporaire, à côté des cas déjà prévus dans l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles d'exécution des marchés publics, le paiement d'une avance limité pour les marchés qui doivent encore être lancés, pour les marchés qui ont été lancés mais qui ne sont pas encore en cours d'exécution et pour ceux qui sont déjà en cours, et même en l'absence d'une disposition en ce sens dans les documents du marché;
>
> Vu que les adjudicateurs peuvent ainsi soutenir les adjudicataires en renforçant leur liquidité, notamment dans les cas où, compte tenu des circonstances exceptionnelles susmentionnées, les adjudicataires rencontrent des difficultés à cet égard;
>
> Vu que les adjudicateurs ont ainsi la possibilité de contribuer à éviter la faillite de leurs adjudicataires, ce qui peut également être dans l'intérêt de la continuité du service public et de l'ordre économique de notre pays;
>
> Compte tenu du fait que la liquidité des entreprises s'est récemment fortement détériorée, au vu des circonstances exceptionnelles susmentionnées, il est urgent de créer la possibilité susmentionnée".

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, alsmede van de vraag of aan de voorgeschreven vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe om, naast de in artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringregels van de overheidsopdrachten' voorziene gevallen[1], de betaling van een beperkt

[1] Artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 luidt:
"§ 1. Er kunnen voorschotten aan de opdrachtnemer worden toegestaan in de hierna opgesomde gevallen:
1° overeenkomstig de in de opdrachtdocumenten vastgestelde modaliteiten voor opdrachten die ten aanzien van hun bedrag zeer belangrijke voorafgaande investeringen vergen, die uitsluitend voor hun uitvoering bestemd zijn:
a) hetzij voor het oprichten van bouwwerken of installaties;
b) hetzij voor de aankoop van materieel, machines of gereedschappen;
c) hetzij voor de aankoop van octrooien, productie- of verbeteringslicenties;
d) hetzij voor studies, proeven, aanpassingen of de bouw van prototypes;
2° voor de overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten die dienen te worden gegund:
a) aan andere Staten of een internationale organisatie;
b) aan leveranciers of dienstverleners waarmede verplicht moet gehandeld worden en die het storten van voorschotten als voorwaarde stellen voor het aanvaarden van de opdracht;
c) aan een bevoorradings- of herstellingsinrichting die door Staten is opgericht;

‡LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ‡

voorschot tijdelijk mogelijk te maken voor de nog uit te schrijven opdrachten, voor de reeds uitgeschreven opdrachten die nog niet in uitvoering zijn en voor de opdrachten die reeds in uitvoering zijn, ook wanneer geen bepaling in die zin is voorzien in de opdrachtdocumenten.

Het is de bedoeling om het ontworpen besluit, met uitzondering van artikel 5, eerste lid, ervan,[2] in werking te laten treden op de dag na de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad* (artikel 6, eerste lid, van het ontwerp).

Het ontworpen besluit houdt voorts op uitwerking te hebben op 31 december 2023, voor de overheidsopdrachten die op deze datum nog niet werden bekendgemaakt en, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, voor de overheidsopdrachten waarbij op deze datum nog niet werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte (artikel 6, derde lid).

4. De ontworpen tijdelijke voorschotregeling vormt een uitzondering op het beginsel dat betalingen alleen mogen worden gedaan voor verstrekte en aanvaarde prestaties.[3]

---

d) in het kader van de gemeenschappelijk door verschillende Staten of internationale instellingen gefinancierde programma's voor navorsing, uittesten, studie, vervolmaking, ontwikkeling of productie;
3° voor de overheidsopdrachten voor diensten van luchtvervoer van passagiers van categorie 3 van bijlage II, A, van de wet of van categorie 6 van bijlage 1 van de wet defensie en veiligheid, al naargelang;
4° voor de opdrachten voor leveringen of diensten die, volgens de gebruiken, hetzij op basis van een abonnement zijn gesloten, hetzij een voorafgaande betaling vereisen;
5°[...]
Het bedrag van de voorschotten mag vijftig percent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag niet overschrijden, behoudens in de gevallen vermeld onder 2° tot 4°.
§ 2. De betaling van het voorschot is onderworpen aan het indienen door de opdrachtnemer van een schriftelijke gedateerde en ondertekenende aanvraag met dit oogmerk.
De betaling van voorschotten kan worden geschorst indien vastgesteld wordt dat de opdrachtnemer zijn contractuele verplichtingen niet nakomt of de bepalingen van artikel 7 van de wet of artikel 41 van de wet defensie en veiligheid, al naargelang, overtreedt.
De aanbesteder houdt het door middel van de voorschotten reeds betaalde bedrag ter compensatie in op de bedragen die na deze betaling opeisbaar worden, overeenkomstig de modaliteiten van de opdrachtdocumenten."

[2] Deze bepaling, die de aanbesteder verplicht om in de opdrachtdocumenten naar het ontworpen besluit te verwijzen, behalve in het in het tweede lid bedoelde geval, treedt in werking op de tiende dag na de bekendmaking van het ontworpen besluit in het *Belgisch Staatsblad*, voor de overheidsopdrachten die vanaf die datum worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* of in het *Bulletin der Aanbestedingen*, alsook voor de overheidsopdrachten waarvan, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een aanvraag tot deelneming of een offerte (artikel 6, tweede lid).

[3] Zie artikel 12, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' en artikel 8, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011 'inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied'

‡LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ‡

Rechtsgrond voor het ontwerp wordt gevonden in artikel 12, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' overeenkomstig welke bepaling "[v]oorschotten (...) enkel [kunnen] worden toegestaan volgens de materiële en desgevallend procedurele voorwaarden vastgesteld door de Koning".[4]

In zoverre de ontworpen regeling betrekking heeft op opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied, vinden deze bepalingen rechtsgrond in artikel 8, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011 'inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied', dat bepaalt dat "voorschotten [kunnen] worden toegestaan volgens de voorwaarden vastgesteld door de Koning".

ONDERZOEK VAN DE TEKST

ALGEMENE OPMERKING

5. Luidens artikel 1 van het ontwerp is de ontworpen tijdelijke voorschotregeling van toepassing op de opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 17 juni 2016, met uitzondering van de overheidsopdrachten waarvoor artikel 12 van deze wet niet van toepassing is[5], evenals op de opdrachten die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 13 augustus 2011.

Aldus geldt de ontworpen tijdelijke voorschotregeling bijvoorbeeld niet voor de concessies die onder het toepassingsgebied vallen van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten', waarvoor nochtans artikel 57 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 'betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten'[6] in een met artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 vergelijkbare voorschotregeling voorziet.

Dit beperkt toepassingsgebied moet kunnen worden verantwoord in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Hierover ondervraagd, verstrekte de gemachtigde de volgende verantwoording:

> "In tegenstelling tot de overheidsopdrachten worden de concessieovereenkomsten gekenmerkt door een overdracht van het exploitatierisico, waardoor het niet gepast leek voor deze concessieovereenkomsten bijkomende flexibiliteit te creëren omtrent de

[4] Daarbij wordt aangenomen dat de ontworpen regeling, net als artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, niet beoogt afbreuk te doen aan de bepalingen ter uitvoering van artikel 134 van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, gecoördineerd op 17 juli 1991. Luidens artikel 134, eerste lid, bepalen de betrokken ministers en de minister van Financiën de algemene voorwaarden waaronder de contracten en overeenkomsten, door de Staatsbedrijven gesloten voor werken en leveringen de betaling van voorschotten mogen bedingen, alvorens de dienst verstrekt en aanvaard is.

[5] De overheidsopdrachten van beperkte waarde zijn overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan 30.000 euro en zij zijn niet onderworpen aan artikel 12 van de wet van 17 juni 2016 (het beginsel van betaling voor verstrekte en aanvaarde prestatie), tenzij dit is voorzien in de opdrachtdocumenten (zie artikelen 92 en 162 van de wet van 17 juni 2016 en de artikelen 5, tweede lid, en 6, § 5, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013).

[6] Dit ter uitvoering van artikel 29, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten'.

‡LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ‡

> mogelijkheid om een voorschot toe te kennen, temeer daar er voor de concessieovereenkomsten vaak ook een vergoeding bekomen wordt door de concessiehouder van de gebruiker."

Het verdient aanbeveling om deze verantwoording voor het betrokken verschil in de het verslag aan de Koning te integreren.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Artikel 2

6.1. In artikel 2 van het ontwerp worden verschillende begrippen gehanteerd voor de bepaling van het referentiebedrag voor de berekening van het voorschot, zijnde "de initiële waarde van de opdracht" (artikel 2, eerste lid), "het oorspronkelijke bedrag van de opdracht" (tweede lid) en "de waarde per maand van de overeenkomst" (tweede lid).

Hierover ondervraagd, verklaarde de gemachtigde: "Er is inderdaad een probleem op het vlak van de terminologie. Het ware bij nader inzien beter geweest om het consequent te hebben over 'initiële waarde' (en 'initiële maandelijkse waarde')."

De rechtszekerheid vereist dat een eenvormige en consistente terminologie wordt gebruikt doorheen het ganse ontwerp, en alleszins binnen een en dezelfde bepaling. Daarbij valt op te merken dat artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 verwijst naar "het oorspronkelijke opdrachtbedrag" ("montant initial du marché").

6.2. In artikel 2, tweede lid, van het ontwerp wordt bij een opdracht van meer dan twaalf maanden als referentiebedrag twaalf keer het oorspronkelijke bedrag van de opdracht genomen, "inclusief belastingen", gedeeld door de in maanden uitgedrukte looptijd van de opdracht. In de andere gevallen in artikel 2 van het ontwerp wordt niet uitdrukkelijk aangegeven of de initiële waarde van de opdracht eveneens "inclusief belastingen" is.

Hierover ondervraagd, stelt de gemachtigde: "Dit is de bedoeling maar moet wellicht duidelijker worden aangegeven". Dit dient inderdaad te worden verduidelijkt in de tekst van het ontwerp.

6.3. In artikel 2, tweede lid, van het ontwerp wordt bij een opdracht van onbepaalde duur voorts voor de berekening van het maximumbedrag als referentie "de waarde per maand van de overeenkomst" vermenigvuldigd met twaalf in aanmerking genomen.

In de Nederlandse tekst dient het woord "opdracht" te worden gehanteerd in de plaats van "overeenkomst".

Voorts rijst de vraag of in het geval van een opdracht van onbepaalde duur de initiële maandelijkse waarde, vereist om overeenkomstig artikel 2, tweede lid, van het ontwerp

‡LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ‡

het maximumbedrag te kunnen berekenen, steeds gekend zal zijn.[7] Het komt de steller van het ontwerp toe de ontworpen bepaling in dat licht aan een bijkomend onderzoek te onderwerpen.

Artikel 3

7. In artikel 3, derde lid, van het ontwerp wordt verwezen naar de betaling van "voorschotten" die kunnen worden geschorst. Uit artikel 2, eerste lid, van het ontwerp volgt evenwel dat voor een opdracht "een voorschot" kan worden toegekend. Hierover ondervraagd, bevestigde de gemachtigde dat in artikel 3, derde lid, de zinsnede "De betaling van voorschotten" dient te worden vervangen door "De betaling van het voorschot".

8. Volgens artikel 3, derde lid, van het ontwerp kan de betaling van het voorschot worden geschorst indien wordt vastgesteld dat de opdrachtnemer zijn contractuele verplichtingen niet nakomt of de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht overtreedt.

Luidens artikel 4 van het ontwerp vindt de betaling van het voorschot plaats binnen dertig kalenderdagen vanaf de beslissing tot toekenning van het voorschot dan wel vanaf de sluiting van de opdracht, ingeval in de opdrachtdocumenten werd aangegeven dat de aanbesteder een voorschot toekent. Bij overschrijding van deze betalingstermijnen zijn intresten en een forfaitaire vergoeding van rechtswege verschuldigd.

Gevraagd hoe artikel 3, derde lid, van het ontwerp zich verhoudt tot artikel 4 van het ontwerp, antwoordde de gemachtigde:

> "In het dispositief wordt de link niet op uitdrukkelijke wijze gemaakt. De betreffende zin werd overgenomen uit artikel 67, § 2, tweede lid, van het KB AUR. Men kan zich de vraag stellen of het niet onlogisch zou zijn dat de intresten voor laattijdige betaling in de betreffende hypothese
>
> a) beginnen lopen of
>
> b) nog verder toenemen (wanneer de betreffende hypothese slechts optreedt wanneer de betalingstermijn al is overschreden).
>
> Het zou met name onlogisch zijn, wat het voormelde punt b) betreft, om de intresten te laten toenemen in de hypothese waarbij het arbeids-, sociaal of milieurecht niet wordt nageleefd, zo komt me althans voor."[8]

Het verdient aanbeveling om dit in de tekst van het ontwerp te verduidelijken, minstens om de verhouding tussen beide bepalingen toe te lichten in het verslag aan de Koning.

[7] Zoals in geval van een opdracht tegen globale prijs voor onbepaalde duur, waarbij een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties van de opdracht of van elke post dekt (art. 2, 3°, koninklijk besluit 18 april 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren').

[8] Zie voetnoot 1 voor de tekst van artikel 67, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

‡LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ‡

Artikel 4

9. In artikel 4 van het ontwerp is sprake van het verschuldigd zijn van een voorschot "in uitvoering van het onderhavig koninklijk besluit".

Gevraagd hoe deze verplichting te rijmen valt met de overige bepalingen van het ontwerp waaruit blijkt dat het slechts gaat over een mogelijkheid voor de aanbesteder om een voorschot toe te kennen, antwoordde de gemachtigde:

> "De zinsnede lijkt inderdaad niet correct. Bijvoorbeeld kan overwogen [worden] de woorden 'Indien een voorschot verschuldigd is in uitvoering van het onderhavige koninklijk besluit, dan' te vervangen door de woorden 'Wanneer de aanbesteder beslist een voorschot toe te kennen in uitvoering van artikel 2 of wanneer de opdrachtdocumenten in de toekenning van een voorschot voorzien,'."

Artikel 4 van het ontwerp dient te worden geherformuleerd in de zin dat daaruit duidelijk blijkt dat het gaat om een mogelijkheid en niet om een verplichting. Voorts dient in de aldus geherformuleerde bepaling tot uiting te komen dat het gaat om de toekenning van een voorschot ter uitvoering van het ontworpen besluit.[9] Artikel 4 van het ontwerp zou aldus kunnen aanvangen als volgt: "Indien een voorschot wordt toegekend ter uitvoering van het onderhavige koninklijk besluit, (…)".

Artikel 5

10. Artikel 5, eerste lid, van het ontwerp verplicht de aanbesteder om in de opdrachtdocumenten naar het ontworpen besluit te verwijzen, behalve in het in het tweede lid bedoelde geval.

Hierover ondervraagd, gaf de gemachtigde nog de volgende toelichting:

> "De bedoeling is vooral dat deze maatregel bijdraagt aan de kenbaarheid van de regeling bij de opdrachtnemers. De maatregel is er eveneens op gericht te vermijden dat aanbesteders de facto het bestaan van het koninklijk besluit zouden negeren. De techniek waarbij wordt opgelegd te verwijzen naar een bestaande regeling werd ook aangewend in artikel 12, § 4, van het KB AUR.
>
> (H)et betreft louter een verwijzing naar het koninklijk besluit, maar in de hypothese waarbij de aanbesteder in de opdrachtdocumenten heeft voorzien dat er sowieso een voorschot zal toegekend worden, kan er misschien verwarring optreden. Daarom moet misschien overwogen worden om een bepaling toe te voegen waarin de hypothese wordt behandeld waarbij de aanbesteder in de opdrachtdocumenten aangeeft dat een voorschot zal toegekend worden, waarbij de aanbesteder zijn vrijheid in de opdrachtdocumenten dus reeds heeft beperkt. In een dergelijk geval moet het betreffende voorschot worden toegekend."

Omwille van de rechtszekerheid is het raadzaam om de voormelde hypothese tevens op te nemen in de tekst van het ontwerp.

[9] En dus niet met toepassing van artikel 67 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

‡LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ‡

11. Meer in het algemeen rijst echter de vraag of voor de nog uit te schrijven opdrachten de loutere verplichting om in de opdrachtdocumenten naar het ontworpen besluit te verwijzen afdoende is in het licht van het gelijkheids- en transparantiebeginsel[10] en of het niet in alle gevallen[11] raadzaam is voor de aanbesteder om reeds in de opdrachtdocumenten aan te geven of hij al dan niet gebruik zal maken van de mogelijkheid om een voorschot toe te kennen ter uitvoering van het ontworpen besluit.

*

[10] Het transparantiebeginsel vereist immers dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze in de aankondiging van de opdracht of in het bestek worden geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende ondernemers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren. Het beginsel van gelijke behandeling vereist dat alle inschrijvers bij het indienen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen, exact de procedurele verplichtingen kennen en er zeker van zijn dat deze verplichtingen voor alle concurrenten gelden (zie o.m. HvJ 14 januari 2021, C-387/19, *RTS Infra,* ECLI:EU:C:2021:13, punt 35 ; HvJ 14 december 2016, C-171/15, *Connexxion Taxi Services*, EU:C:2016:948, punten 39 en 40).

[11] En dus niet beperkt tot het in artikel 5, tweede lid, van het ontwerp vermelde geval en de bijkomende hypothese aangegeven door de gemachtigde.

‡LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ‡

1. Conformément à l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 3°, 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 comme suit :

« Vu la récente guerre en Ukraine, les différentes sanctions imposées à la Russie et les fluctuations et surtout les augmentations de prix qui affectent actuellement le marché, notamment pour l'achat d'énergie et de carburants, il est urgent de permettre, de manière temporaire, à côté des cas déjà prévus dans l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles d'exécution des marchés publics, le paiement d'une avance limité pour les marchés qui doivent encore être lancés, pour les marchés qui ont été lancés mais qui ne sont pas encore en cours d'exécution et pour ceux qui sont déjà en cours, et même en l'absence d'une disposition en ce sens dans les documents du marché ;

Vu que les adjudicateurs peuvent ainsi soutenir les adjudicataires en renforçant leur liquidité, notamment dans les cas où, compte tenu des circonstances exceptionnelles susmentionnées, les adjudicataires rencontrent des difficultés à cet égard ;

Vu que les adjudicateurs ont ainsi la possibilité de contribuer à éviter la faillite de leurs adjudicataires, ce qui peut également être dans l'intérêt de la continuité du service public et de l'ordre économique de notre pays ;

Compte tenu du fait que la liquidité des entreprises s'est récemment fortement détériorée, au vu des circonstances exceptionnelles susmentionnées, il est urgent de créer la possibilité susmentionnée ».

2. Conformément à 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 et de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de permettre, de manière temporaire, outre les cas prévus à l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics' [1], le paiement d'une avance limitée pour les

[1] L'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 s'énonce comme suit :
« § 1er . Des avances peuvent être accordées à l'adjudicataire dans les cas énumérés ci-après :
1° suivant les modalités fixées par les documents du marché, pour les marchés qui, par rapport à leur montant, nécessitent des investissements préalables de valeur considérable, tout en étant spécifiquement liés à leur exécution :
a) soit pour la réalisation de constructions ou installations ;
b) soit pour l'achat de matériel, machines ou outillages ;
c) soit pour l'acquisition de brevets ou de licences de production ou de perfectionnement ;
d) soit pour les études, essais, mises au point ou réalisations de prototypes ;
2° pour les marchés publics de fournitures ou de services qu'il s'impose de conclure :
a) avec d'autres Etats ou une organisation internationale ;
b) avec des fournisseurs ou des prestataires de services avec lesquels il faut nécessairement traiter et qui subordonnent l'acceptation du marché au versement d'avances ;
c) avec un organisme d'approvisionnement ou de réparation constitué par des Etats ;
d) dans le cadre de programmes de recherche, d'essai, d'étude, de mise au point, de développement ou de production financés en commun par plusieurs Etats ou organisations internationales ;

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#

marchés qui doivent encore être lancés, pour les marchés qui ont été lancés mais qui ne sont pas encore en cours d'exécution et pour ceux qui sont déjà en cours, même en l'absence d'une disposition en ce sens dans les documents du marché.

L'intention est de faire entrer l'arrêté en projet en vigueur le lendemain de sa publication au *Moniteur belge*, à l'exception de l'article 5, alinéa 1er, de celui-ci [2] (article 6, alinéa 1er, du projet).

Par ailleurs, l'arrêté en projet cesse d'être en vigueur le 31 décembre 2023, pour les marchés publics qui ne sont pas encore publiés au moment de cette date et pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre n'a pas encore été lancée à cette date (article 6, alinéa 3).

4. Le régime d'avances temporaire, en projet, constitue une exception au principe selon lequel des paiements ne peuvent être effectués que pour un service fait et accepté [3].

Le projet trouve son fondement juridique dans l'article 12, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', selon lequel « des avances peuvent être accordées mais uniquement selon les conditions matérielles et, le cas échéant, procédurales fixées par le Roi » [4].

Dans la mesure où le régime en projet a trait à des marchés publics dans le domaine de la défense et de la sécurité, ces dispositions trouvent un fondement juridique dans l'article 8, alinéa 2, de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés

---

3° pour les marchés publics de services de transport aérien de voyageurs de la catégorie 3 de l'annexe II, A, de la loi ou de la catégorie 6 de l'annexe 1 de la loi défense et sécurité, selon le cas ;
4° pour les marchés de fournitures ou de services qui, selon les usages, sont conclus sur la base d'un abonnement ou pour lesquels un paiement préalable est requis ;
5° [...]
Le montant des avances ne peut excéder cinquante pour cent du montant initial du marché, sauf dans les cas visés au 2° à 4°.
§ 2. Le paiement de l'avance est subordonné à l'introduction par l'adjudicataire d'une demande écrite datée et signée à cet effet.
Le paiement des avances peut être suspendu s'il est constaté que l'adjudicataire ne respecte pas ses obligations contractuelles ou s'il contrevient aux dispositions de l'article 7 de la loi ou de l'article 41 de la loi défense et sécurité, selon le cas.
Le montant déjà payé pour les avances doit être déduit par compensation du montant dû sur la base des acomptes introduits ultérieurement au paiement de ces avances, suivant les modalités prévues dans les documents du marché ».

[2] Cette disposition, qui contraint l'adjudicateur à faire référence à l'arrêté en projet dans les documents du marché, sauf dans le cas visé à l'alinéa 2, entre en vigueur le dixième jour suivant la publication de l'arrêté en projet au *Moniteur belge*, pour les marchés publics qui sont ou auraient dû être publiés au *Journal officiel de l'Union européenne* ou au *Bulletin des adjudications* à cette date, ainsi que pour les marchés publics pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une demande de participation ou une offre est lancée à cette date (article 6, alinéa 2).

[3] Voir l'article 12, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et l'article 8, alinéa 1er, 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'.

[4] À cet égard, il est admis que le régime en projet, tout comme l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, ne vise pas à porter atteinte aux dispositions prises en exécution de l'article 134 des lois sur la comptabilité de l'État, coordonnées le 17 juillet 1991. Aux termes de l'article 134, alinéa 1er, les Ministres intéressés et le Ministre des finances déterminent les conditions générales auxquelles les contrats et marchés pour travaux ou fournitures conclus par les entreprises d'État peuvent stipuler le paiement d'avances avant un service fait et accepté.

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#

de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité', qui dispose que « des avances peuvent être accordées selon les conditions fixées par le Roi ».

EXAMEN DU TEXTE

OBSERVATION GÉNÉRALE

5. Selon l'article 1er du projet, le régime d'avances temporaire, en projet, s'applique aux marchés publics ressortissant du champ d'application de la loi du 17 juin 2016, à l'exception des marchés publics pour lesquels l'article 12 de cette loi n'est pas d'application [5], ainsi qu'aux marchés ressortissant du champ d'application de la loi du 13 août 2011.

Ainsi, le régime d'avances temporaire, en projet, ne vaut par exemple pas pour les concessions relevant du champ d'application de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', pour lesquelles l'article 57 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession' [6] prévoit cependant un régime d'avances comparable à celui de l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

Il s'impose de pouvoir justifier ce champ d'application restreint à la lumière du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Interrogé à ce sujet, le délégué a fourni la justification suivante :

> « In tegenstelling tot de overheidsopdrachten worden de concessieovereenkomsten gekenmerkt door een overdracht van het exploitatierisico, waardoor het niet gepast leek voor deze concessieovereenkomsten bijkomende flexibiliteit te creëren omtrent de mogelijkheid om een voorschot toe te kennen, temeer daar er voor de concessieovereenkomsten vaak ook een vergoeding bekomen wordt door de concessiehouder van de gebruiker ».

Il est recommandé d'intégrer cette justification de la différence en question dans le rapport au Roi.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

Article 2

6.1. L'article 2 du projet recourt à différentes notions pour fixer le montant de référence pour le calcul de l'avance, à savoir « la valeur initiale du marché » (article 2, alinéa 1er), « le montant initial du marché » (alinéa 2) et « la valeur mensuelle du marché » (alinéa 2).

[5] Les marchés publics de faible montant sont des marchés publics dont le montant estimé est inférieur à 30.000 euros et ceux-ci ne sont pas soumis à l'article 12 de la loi du 17 juin 2016 (le principe du paiement effectué pour un service fait et accepté), à moins que cela ne soit prévu dans les documents du marché (voir les articles 92 et 162 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 5, alinéa 2, et 6, § 5, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013).

[6] Et ce en exécution de l'article 29, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré : « Er is inderdaad een probleem op het vlak van de terminologie. Het ware bij nader inzien beter geweest om het consequent te hebben over 'initiële waarde' (en 'initiële maandelijkse waarde')».

La sécurité juridique requiert l'utilisation d'une terminologie uniforme et cohérente dans l'ensemble du projet, et en tout état de cause au sein d'une même disposition. Il convient d'observer par ailleurs que l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 fait mention du « montant initial du marché ».

6.2. À l'article 2, alinéa 2, du projet, dans le cas d'un marché de plus de douze mois, le montant de référence pris en considération est égal à douze fois le montant initial du marché, « toute taxe comprise », divisé par sa durée exprimée en mois. Dans les autres cas évoqués à l'article 2 du projet, il n'est pas indiqué expressément si la valeur initiale du marché est également « toute taxe comprise ».

Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré : « Dit is de bedoeling maar moet wellicht duidelijker worden aangegeven ». Il convient en effet de le préciser dans le texte du projet.

6.3. À l'article 2, alinéa 2, du projet, dans le cas d'un marché à durée indéterminée, la référence prise en considération pour le calcul du plafond est égale à « la valeur mensuelle du marché » multipliée par douze.

Dans le texte néerlandais, on emploiera le mot « opdracht » au lieu de « overeenkomst ».

La question se pose en outre de savoir si dans le cas d'un marché à durée indéterminée, la valeur mensuelle initiale, requise pour pouvoir calculer le plafond conformément à l'article 2, alinéa 2, du projet, sera toujours connue [7]. Il appartient à l'auteur du projet de réexaminer la disposition en projet sous cet angle.

Article 3

7. L'article 3, alinéa 3, du projet fait référence au paiement des « avances » qui peut être suspendu. Il découle toutefois de l'article 2, alinéa 1er, du projet, qu'« une avance » peut être accordée pour un marché. Interrogé sur ce point, le délégué a confirmé qu'à l'article 3, alinéa 3, le membre de phrase « Le paiement des avances » doit être remplacé par « Le paiement de l'avance ».

8. Selon l'article 3, alinéa 3, du projet, le paiement de l'avance peut être suspendu s'il est constaté que l'adjudicataire ne respecte pas ses obligations contractuelles ou s'il contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit de l'environnement, du droit social et du droit du travail.

[7] Comme dans le cas d'un marché à prix global à durée indéterminée, dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations du marché ou de chacun des postes (art. 2, 3°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques').

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#

En vertu de l'article 4 du projet, le paiement de l'avance est effectué dans un délai de trente jours calendrier à compter de la décision d'octroi de l'avance ou, s'il a déjà été indiqué dans les documents du marché que l'adjudicateur accorde une avance, à compter de la conclusion du marché. En cas de dépassement de ces délais de paiement, des intérêts et une indemnité forfaitaire sont dus de plein droit.

À la question de savoir comment l'article 3, alinéa 3, du projet s'articule avec l'article 4 du projet, le délégué a répondu :

> « In het dispositief wordt de link niet op uitdrukkelijke wijze gemaakt. De betreffende zin werd overgenomen uit artikel 67, § 2, tweede lid, van het KB AUR. Men kan zich de vraag stellen of het niet onlogisch zou zijn dat de intresten voor laattijdige betaling in de betreffende hypothese
>
> a) beginnen lopen of
>
> b) nog verder toenemen (wanneer de betreffende hypothese slechts optreedt wanneer de betalingstermijn al is overschreden).
>
> Het zou met name onlogisch zijn, wat het voormelde punt b) betreft, om de intresten te laten toenemen in de hypothese waarbij het arbeids-, sociaal of milieurecht niet wordt nageleefd, zo komt me althans voor » [8].

Il est recommandé de le préciser dans le texte du projet, ou à tout le moins d'expliquer le lien entre ces deux dispositions dans le rapport au Roi.

Article 4

9. À l'article 4 du projet, il est question d'une avance due « en exécution du présent arrêté royal ».

Interrogé sur la manière de concilier cette obligation avec les autres dispositions du projet dont il découle qu'il s'agit uniquement d'une possibilité pour l'adjudicateur d'accorder une avance, le délégué a répondu :

> « De zinsnede lijkt inderdaad niet correct. Bijvoorbeeld kan overwogen [worden] de woorden 'Indien een voorschot verschuldigd is in uitvoering van het onderhavige koninklijk besluit, dan' te vervangen door de woorden 'Wanneer de aanbesteder beslist een voorschot toe te kennen in uitvoering van artikel 2 of wanneer de opdrachtdocumenten in de toekenning van een voorschot voorzien,' ».

Il y a lieu de reformuler l'article 4 du projet de manière telle qu'il en ressorte clairement qu'il s'agit d'une possibilité et non d'une obligation. En outre, la disposition ainsi reformulée doit indiquer qu'il s'agit de l'octroi d'une avance en exécution de l'arrêté en projet [9]. Le début de l'article 4 du projet pourrait dès lors être rédigé comme suit : « Si une avance est accordée en exécution du présent arrêté royal, (...) ».

[8] Voir note de bas de page 1 pour le texte de l'article 67, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

[9] Et donc pas en application de l'article 67 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#

Article 5

10. L'article 5, alinéa 1er, du projet oblige l'adjudicateur à faire référence à l'arrêté en projet dans les documents du marché, sauf dans le cas visé à l'alinéa 2.

Interrogé à ce propos, le délégué a encore donné les explications suivantes :

« De bedoeling is vooral dat deze maatregel bijdraagt aan de kenbaarheid van de regeling bij de opdrachtnemers. De maatregel is er eveneens op gericht te vermijden dat aanbesteders de facto het bestaan van het koninklijk besluit zouden negeren. De techniek waarbij wordt opgelegd te verwijzen naar een bestaande regeling werd ook aangewend in artikel 12, § 4, van het KB AUR.

(H)et betreft louter een verwijzing naar het koninklijk besluit, maar in de hypothese waarbij de aanbesteder in de opdrachtdocumenten heeft voorzien dat er sowieso een voorschot zal toegekend worden, kan er misschien verwarring optreden. Daarom moet misschien overwogen worden om een bepaling toe te voegen waarin de hypothese wordt behandeld waarbij de aanbesteder in de opdrachtdocumenten aangeeft dat een voorschot zal toegekend worden, waarbij de aanbesteder zijn vrijheid in de opdrachtdocumenten dus reeds heeft beperkt. In een dergelijk geval moet het betreffende voorschot worden toegekend ».

Dans un souci de sécurité juridique, il est conseillé de faire figurer également l'hypothèse précitée dans le texte du projet.

11. Plus généralement, la question se pose cependant de savoir si pour les marchés encore à lancer, la simple obligation de faire référence à l'arrêté en projet dans les documents du marché est adéquate à la lumière du principe d'égalité et de transparence [10] et s'il ne serait pas préférable, dans tous les cas [11], que l'adjudicateur indique déjà dans les documents du marché s'il va faire usage ou non de la possibilité d'accorder une avance en exécution de l'arrêté en projet.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS Marnix VAN DAMME

[10] En effet, en vertu du principe de transparence, l'ensemble des conditions et des modalités de la procédure d'attribution doivent être formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges de façon à permettre à tous les opérateurs économiques raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière. Le principe d'égalité de traitement exige que les opérateurs économiques intéressés d'un marché public disposent des mêmes chances dans la formulation de leurs offres, connaissent exactement les contraintes de la procédure et soient assurés en fait que les mêmes exigences valent pour tous les concurrents (voir notamment C.J.U.E., 14 janvier 2021, C-387/19, *RTS Infra*, ECLI:EU:C:2021:13, point 35; C.J.U.E., 14 décembre 2016, C-171/15, *Connexxion Taxi Services*, EU:C:2016:948, points 39 et 40).

[11] Et donc pas seulement dans le cas mentionné à l'article 5, alinéa 2, du projet et dans l'hypothèse supplémentaire mentionnée par le délégué.

#LW-AJLWKEEDJ-HCEBAUQ#