



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 76.540/1
van 17 juni 2024

avis 76.540/1
du 17 juin 2024

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit 'tot wijziging van het
koninklijk besluit van
14 januari 2013 tot bepaling
van de algemene
uitvoeringsregels van de
overheidsopdrachten, wat de
betalingsregels betreft'

un projet d'arrêté royal
'modifiant l'arrêté royal du
14 janvier 2013 établissant les
règles générales d'exécution
des marchés publics, en ce qui
concerne les règles de
paiement'

Op 21 mei 2024 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, wat de betalingsregels betreft’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 6 juni 2024. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Brecht STEEN en Annelies D’ESPALLIER, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Ilse ANNÉ, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Peter SCHOLLEN, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Annelies D’ESPALLIER, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 17 juni 2024.

*

Le 21 mai 2024, le Conseil d’État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis dans un délai de trente jours, sur un projet d’arrêté royal ‘modifiant l’arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d’exécution des marchés publics, en ce qui concerne les règles de paiement’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 6 juin 2024. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Brecht STEEN et Annelies D’ESPALLIER, conseillers d’État, Michel TISON, assesseur, et Ilse ANNÉ, greffier.

Le rapport a été présenté par Peter SCHOLLEN, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l’avis a été vérifiée sous le contrôle de Annelies D’ESPALLIER, conseiller d’État.

L’avis, dont le texte suit, a été donné le 17 juin 2024.

*

1. Met toepassing van artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, heeft de afdeling Wetgeving zich toegespitst op het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

VOORAFGAANDE OPMERKING

2. Rekening houdend met het ogenblik waarop dit advies wordt gegeven, vestigt de Raad van State de aandacht van de adviesaanvrager erop dat de ontbinding van de Wetgevende Kamers tot gevolg heeft dat de regering sedert die datum en totdat, na de verkiezing van de Kamer van volksvertegenwoordigers, een nieuwe regering is benoemd door de Koning, niet meer over de volheid van haar bevoegdheid beschikt. 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 die de regering in aanmerking kan nemen als ze te oordelen heeft of het vaststellen of het wijzigen van verordeningen noodzakelijk is.

STREKKING VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe een aantal wijzigingen aan te brengen in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten' (hierna: KB AUR) op het vlak van de betalingsregels.

De voornaamste wijziging bestaat erin dat in principe slechts één behandelingstermijn gehanteerd wordt voor het nazicht en de betaling van overheidsopdrachten en dat niet langer gebruik gemaakt wordt van de opdeling in een verificatietermijn en een ervan onderscheiden betalingstermijn (artikelen 1, 7, 9 en 13 van het ontwerp). De behandelingstermijn bedraagt in beginsel dertig dagen, maar onder bepaalde voorwaarden kan deze door de aanbesteder in de opdrachtdocumenten verlengd worden tot maximaal zestig dagen (artikel 2, a), van het ontwerp).

Voor aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken en die specifiek voor dat doel zijn erkend, bedraagt de behandelingstermijn zestig dagen, zij het enkel voor de overheidsopdrachten verbonden aan die specifieke activiteit (artikelen 7, 9 en 13 van het ontwerp). Deze aanbesteders mogen werken met een afzonderlijke betalings- en verificatietermijn door in de opdrachtdocumenten te voorzien in een verificatietermijn van maximaal dertig dagen (artikel 2, b), van het ontwerp).

Een aantal bepalingen van het KB AUR wordt aangepast om rekening te houden met de nieuwe regeling omtrent de behandelingstermijn (artikelen 4 tot 12 van het ontwerp) en er wordt in een rapportering door de aanbesteders voorzien om de toepassing daarvan te kunnen monitoren (artikel 3 van het ontwerp).

De inwerkingtreding van de nieuwe regels wordt bepaald op 1 januari 2025 voor de opdrachten waarvan de aankondiging van opdracht vanaf die datum wordt bekendgemaakt of, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, waarvoor vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte (artikel 14 van het ontwerp).

ALGEMENE OPMERKINGEN

4.1. Het verslag aan de Koning geeft er blijk van dat de stellers van het ontwerp beogen tegemoet te komen aan de overwegingen van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het arrest C-585/20 van 20 oktober 2022.¹

In het genoemde arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat artikel 4, leden 3 tot en met 6, van richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 ‘betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties’ in de weg staat aan een nationale regeling die op algemene wijze voor alle handelstransacties tussen ondernemingen en overheidsinstanties voorziet in een betalingstermijn van maximaal zestig kalenderdagen, ook wanneer die termijn bestaat in een aanvankelijke termijn van dertig dagen voor een procedure voor goedkeuring of verificatie van de conformiteit van de geleverde goederen of de verrichte diensten met de overeenkomst en een aanvullende termijn van dertig dagen voor de betaling van de overeengekomen prijs. Om die reden wordt overgestapt op het systeem van de (enige) behandelingstermijn van (in principe) dertig dagen.

4.2.1. Wat betreft aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken en die specifiek voor dat doel zijn erkend, wordt evenwel op dubbele wijze afgeweken van het ontworpen basissysteem.

Vooreerst wordt voor deze aanbesteders voor opdrachten in verband met hun specifieke activiteit van gezondheidszorg voorzien in een behandelingstermijn van zestig in plaats van dertig dagen.

Artikel 4, lid 4, eerste alinea, b), van richtlijn 2011/7/EU laat een dergelijke verlenging van de betalingstermijn van dertig tot zestig dagen toe voor overheidsorganisaties die gezondheidszorg verstrekken en die specifiek voor dat doel erkend zijn. De in het ontworpen besluit vermelde behandelingstermijn van zestig dagen voor aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken lijkt bijgevolg richtlijnconform.

4.2.2. De vraag rijst of het verschil in behandeling dat ontstaat tussen opdrachtnemers van aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken en opdrachtnemers van andere aanbesteders, in overeenstemming is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

¹ HvJ 20 oktober 2022, C-585/20, *BFF Finance Iberia*, ECLI:EU:C:2022:806.

Volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof is een verschil in behandeling slechts verenigbaar met de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, wanneer dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld, rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betrokken maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer er geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.²

In overweging 25 van richtlijn 2011/7/EU wordt het voorzien in de mogelijkheid voor de lidstaten om de betalingstermijn te verlengen voor overheidsorganisaties die gezondheidszorg verstrekken, als volgt gemotiveerd:

“De situatie met betrekking tot betalingsachterstanden in de gezondheidszorg is in een groot aantal lidstaten bijzonder zorgwekkend. De stelsels van gezondheidszorg, die een essentieel onderdeel vormen van de sociale infrastructuur van Europa, zien zich naarmate de bevolking van Europa vergrijst, er meer van hen wordt verwacht en de geneeskunde zich steeds verder ontwikkelt, vaak gedwongen individuele behoeften en beschikbare financiële middelen met elkaar te verzoenen. Alle stelsels zien zich geconfronteerd met de uitdaging om in de gezondheidszorg op zodanige wijze prioriteiten vast te stellen dat er een evenwicht ontstaat tussen de behoeften van individuele patiënten en de financiële middelen die ter beschikking staan. Daarom moeten de lidstaten de overheidsorganisaties in de gezondheidssector een zekere mate van flexibiliteit kunnen bieden om aan hun verplichtingen te voldoen. Derhalve moet de lidstaten onder bepaalde voorwaarden worden toegestaan de wettelijke betalingstermijn tot maximaal 60 kalenderdagen te verlengen. Niettemin moeten de lidstaten alles in het werk stellen om te garanderen dat betalingen in de gezondheidssector binnen de wettelijke termijnen worden uitgevoerd.”

Uit het verslag aan de Koning blijkt niet of een dergelijke verantwoording relevant is voor het door het ontwerp in het interne recht ingevoerde verschil in behandeling. Hierover bevestigd, verklaarde de gemachtigde:

“Deze uitzonderingsmogelijkheid voor de instellingen in de gezondheidssector werd in richtlijn 2011/7 opgenomen omdat de situatie met betrekking tot de betalingsachterstanden in de gezondheidszorg (vanwege patiënten) in een aantal lidstaten bijzonder zorgwekkend was. De instellingen in de gezondheidszorg worden daarbij vaak gedwongen individuele behoeften te verzoenen met beschikbare financiële middelen. De gezondheidszorg ziet zich geconfronteerd met de uitdaging om in de gezondheidszorg op zodanige wijze prioriteiten vast te stellen dat er een evenwicht ontstaat tussen de behoeften van de individuele patiënten en de financiële middelen die ter beschikking staan. De lidstaten moeten aan de aan de gezondheidssector een zekere mate van flexibiliteit kunnen bieden opdat de instellingen die gezondheidszorg verstrekken aan hun verplichtingen kunnen voldoen.

² Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv.: GwH 17 juli 2014, nr. 107/2014, B.12; GwH 25 september 2014, nr. 141/2014, B.4.1; GwH 30 april 2015, nr. 50/2015, B.16; GwH 18 juni 2015, nr. 91/2015, B.5.1; GwH 16 juli 2015, nr. 104/2015, B.6; GwH 16 juni 2016, nr. 94/2016, B.3; GwH 18 mei 2017, nr. 60/2017, B.11; GwH 15 juni 2017, nr. 79/2017, B.3.1; GwH 19 juli 2017, nr. 99/2017, B.11; GwH 28 september 2017, nr. 104/2017, B.8.

In de memorie van toelichting voor wat betreft de wijziging aan de wet betalingsachterstand bij de initiële omzetting van richtlijn 2011/7/EU, werd deze uitzondering als volgt gemotiveerd :

‘Ziekenhuizen en verzorgingstehuizen zien zich immers geconfronteerd met verschillende moeilijkheden bij het ontvangen van hun fondsen waarmee zij op hun beurt hun leveranciers dienen te betalen. Een te strikte en korte betalingstermijn zou ‘cashflow’ problemen kunnen opleveren voor de ziekenhuizen. Een substantieel deel van de budgetten verkrijgen de ziekenhuizen via de ziekteverzekering. Verzekerde patiënten dienen enkel het zogenaamde remgeld aan de ziekenhuizen te betalen. De rest van de ziekenhuisfactuur is ten laste van de ziekteverzekering maar wordt gemiddeld pas na 2 à 3 maanden aan het betrokken ziekenhuis terugbetaald. Wat betreft de budgetten die de verzorgingsinstellingen halen uit het deel van de kosten die door de patiënt zelf moeten gedragen worden, moet men ook rekening houden met de regel van de eenheidsfactuur. Deze regel houdt in dat men slechts één factuur naar de patiënt mag sturen. Deze factuur kan logischerwijze slechts opgemaakt worden bij het einde van de opname, wat problemen oplevert indien de patiënt voor lange tijd werd opgenomen. De verzorgingsinstellingen vervullen een belangrijke opdracht van algemeen belang. Mochten deze instellingen met financiële problemen te maken krijgen, dan zouden de gevolgen heel ernstig kunnen zijn. Een grotere flexibiliteit in het tegemoetkomen aan hun financiële verplichtingen kan een belangrijk hulpmiddel zijn in het financieel gezond houden van de verzorgingsinstellingen. Belgische verzorgingsinstellingen zijn bovendien in grote mate afhankelijk van andere actoren om de nodige budgetten te ontvangen om hun eigen leveranciers te betalen. Ook in deze optiek lijkt het opportuun om de nodige flexibiliteit te voorzien.’ DOC 53 2927/001
<https://www.dekamer.be/FLWB/pdf/53/2927/53K2927001.pdf> (p 16).

Deze motivatie is vandaag nog steeds actueel. Het complexe betalings- en subsidiesysteem van de actoren in de gezondheidssector, werd niet grondig gewijzigd. Bijgevolg zijn de aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken nog steeds gebaat met een zekere flexibiliteit, wat ons land betreft. Er werd geoordeeld dat het niet de bedoeling mag zijn dat de gezondheidsinstellingen cashflowproblemen zouden ondervinden wegens een te stringente benadering van de behandelingstermijn voorzien in de wetgeving overheidsopdrachten.

Daarenboven kan gemeld worden dat dat FOD Beleid & Ondersteuning, voor de periode 1 juli 2023 - 31 december 2023, de betaalgegevens van de Belgische aanbesteders heeft onderzocht. De betreffende gegevens werden overgemaakt aan de diensten van de Europese Commissie (zie bijlage, tabel 1). De gemiddelde betalingstermijn voor de ziekenhuizen bedroeg in de betreffende periode 58 dagen. Voor de Federale, Vlaamse, Waalse en Brusselse overheden was de termijn gemiddeld genomen korter (14 om precies te zijn wat het globale gemiddelde betreft). Daaruit kunnen we opmaken dat de actoren van de gezondheidszorg meer tijd nodig hebben om de facturen te betalen. Wel blijven de ziekenhuizen binnen de huidige voorziene betalingstermijn van 60 dagen. Voor de overheden zal de kans op cashflowproblemen zich minder pertinent stellen als bij de ziekenhuizen. Op dat vlak lijken de betreffende aanbesteders zich niet in dezelfde situatie te bevinden.

De voormelde gegevens werden wat de ziekenhuizen betreft bekomen door middel van een enquête bij de verschillende ziekenhuizen. De federale overheid kon, voor de betreffende periode, vanwege 29 van de 38 ziekenhuizen een antwoord ontvangen.”

Het strekt tot aanbeveling deze toelichting op te nemen in het verslag aan de Koning.

4.3. Bovenop de afwijkende behandelingstermijn van zestig dagen wordt aan aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken, toegelaten om voor opdrachten in verband met hun specifieke activiteit van gezondheidszorg, in de opdrachtdocumenten een afzonderlijke verificatietermijn op te nemen van maximaal dertig dagen naast de betalingstermijn van zestig dagen en dit zonder dat hierbij een bijkomende voorwaarde gesteld wordt omtrent de noodzaak hiertoe gelet op de bijzondere aard of eigenschappen van de opdracht.

Nochtans lijkt er geen reden om aan te nemen dat de vaststelling van het Hof van Justitie dat in richtlijn 2011/7/EU de procedure voor aanvaarding of verificatie niet wordt beschouwd als inherent aan handelstransacties tussen ondernemingen en overheidsinstanties, niet zou gelden voor handelstransacties tussen ondernemingen en overheidsorganisaties die gezondheidszorgen verstrekken.

Aan de gemachtigde werd gevraagd of het zonder enige reden opnemen van een verificatietermijn door aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken, in overeenstemming is met richtlijn 011/7/EU. De gemachtigde antwoordde als volgt:

“Het arrest van het Hof van Justitie van 20 oktober 2022 bepaalt dat artikel 4, leden 3 tot en met 6, van richtlijn 2011/7/EU als volgt moet worden uitgelegd dat :

‘het in de weg staat aan een nationale regeling die op algemene wijze voor alle handelstransacties tussen ondernemingen en overheidsinstanties voorziet in een betalingstermijn van maximaal 60 kalenderdagen, ook wanneer die termijn bestaat in een aanvankelijke termijn van 30 dagen voor een procedure voor goedkeuring of verificatie van de conformiteit van de geleverde goederen of de verrichte diensten met de overeenkomst en een aanvullende termijn van 30 dagen voor de betaling van de overeengekomen prijs.’

Het is geenszins de bedoeling dat de aanbesteders binnen de gezondheidszorg voor alle opdrachten die ze lanceren zouden van de betreffende afwijkingsmogelijkheid gebruik maken. De aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken mogen enkel afwijken van de algemene regel van behandelingstermijn voor opdrachten die verband houden met hun specifieke activiteit en wanneer er een bepaling wordt opgenomen in de opdrachtdocumenten. Deze aanbesteders moeten dus uitdrukkelijk in de opdrachtdocumenten opnemen dat ze willen afwijken van de algemene regel en dat kan enkel voor die activiteiten die inherent verbonden zijn aan hun gezondheidsactiviteiten. Voor het aankopen van pc's voor administratieve doeleinden, zal bijvoorbeeld dus niet afgeweken kunnen worden van de behandelingstermijn, behalve in die gevallen voorzien in artikel 2, § 2 van het KB dat aan uw advies werd voorgelegd.”

Met dit antwoord kan in het licht van artikel 4, lid 3, a), iv), van richtlijn 2011/7/EU ingestemd worden, met dien verstande dat erover gewaakt dient te worden dat er door de betrokken aanbesteders bij gebruik van de uitzonderingsmogelijkheid in de opdrachtdocumenten daadwerkelijk voorzien wordt in een procedure voor aanvaarding of verificatie, waarbij de conformiteit van de goederen of de diensten met de overeenkomst moet worden vastgesteld, en dat de verificatietermijn niet louter wordt aangewend om tot een langere globale betalingstermijn te komen.

Het lijkt bovendien aangewezen om de nadere uitleg van de gemachtigde eveneens op te nemen in het verslag aan de Koning.

5. De ontworpen regeling treedt in werking op 1 januari 2025. Zoals vermeld is deze regelgeving ontworpen om de strijdigheid met richtlijn 2011/7/EU, zoals die volgt uit de interpretatie ervan door het Hof van Justitie in het arrest van 20 oktober 2022, op te heffen. Aangezien de omzettingsdatum van deze richtlijn reeds geruime tijd verstreken is, lijkt het aangewezen om de regelgeving zo snel mogelijk ermee in overeenstemming te brengen. De vraag rijst waarom de regeling pas binnen enkele maanden, zijnde op 1 januari 2025, in werking treedt. Aan de gemachtigde werd gevraagd om dit te duiden, waarop deze antwoordde als volgt:

“La date du 1er janvier 2025 a été choisie pour laisser un temps raisonnable aux adjudicateurs pour s’adapter et se préparer aux nouvelles règles.

Il s’agit de modifications qui auront des conséquences importantes pour les adjudicateurs.

Faire entrer en vigueur l’arrêté royal dans la précipitation pourrait créer des effets indésirables. L’on pourrait aboutir à des situations dans lesquelles les adjudicateurs ne disposeraient plus du temps nécessaire pour procéder aux vérifications. Cela pourrait mener à l’absence de vérification ou à un dépassement du délai impliquant le paiement d’intérêts de retard (actuellement fixés à 12,5 %). Le paiement de ces intérêts de retard pourrait avoir des conséquences financières néfastes pour les adjudicateurs.”

De afdeling Wetgeving beschikt niet over voldoende feitelijke gegevens om te beoordelen of het noodzakelijk is om de inwerkingtreding van de genoemde regeling pas op 1 januari 2025 te laten plaatsvinden. Het lijkt wel raadzaam om de bijkomende verklaringen van de gemachtigde in verband met de “uitgestelde” inwerkingtreding van het ontworpen koninklijk besluit op te nemen in het verslag aan de Koning.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Artikel 1

6. De vermelde wetshistoriek van artikel 2 van het KB AUR dient te worden gecorrigeerd. Dit artikel werd immers niet gewijzigd bij het koninklijk besluit van 22 mei 2014, maar wel bij de koninklijke besluiten van 7 februari 2014 en 22 juni 2017.

Artikel 2

7. In het punt 3° van het ontworpen artikel 9, § 3, tweede lid, van het KB AUR schrijven men, zoals in de andere ontworpen bepalingen die dezelfde verwijzing opnemen (waaronder bijvoorbeeld het ontworpen artikel 9, § 2, eerste lid), “de artikelen 95, §§ 3 en 4” in plaats van “de artikelen 95, §§ 3 tot 4”.

8. De gemachtigde bevestigde dat er in het punt 2° van het ontworpen artikel 9, § 3/1, derde lid, 2°, van het KB AUR, zoals reeds gebeurt in bijvoorbeeld het ontworpen artikel 95, § 4, 2°, van dat koninklijk besluit, verwezen moet worden naar “artikel 55 van het Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen” in plaats van naar “artikel 403 van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992”.³

Artikel 3

9. De gemachtigde bevestigde dat in het derde lid van het ontworpen artikel 66/1 van het KB AUR de precisering “van de wet” moet worden toegevoegd na de woorden “de artikelen 62, eerste lid, en 143, § 1, eerste lid,” zoals al gebeurt na de woorden “de artikelen 62, tweede lid, en 143, § 1, tweede lid,”.

Artikel 5

10. De gemachtigde beaamde dat de in artikel 69, § 1, van het KB AUR in te voegen woordgroep als volgt moet luiden: “Wanneer de in de artikelen 95, §§ 3 en 4, 127 en 160 bedoelde behandelingstermijn wordt overschreden en de betaling niet is verricht.”

11. Luidens het huidige artikel 69, § 1, van het KB AUR heeft de opdrachtnemer van rechtswege en zonder ingebrekestelling recht op de betaling van een intrest naar rato van het aantal dagen overschrijding, wanneer de in de huidige artikelen 95, §§ 3 tot 5, 127 en 160 vastgestelde betalingstermijnen worden overschreden. Vermits in het huidige systeem de betalingstermijn in beginsel pas begint te lopen na afloop van de verificatietermijn, kan ervan worden uitgegaan dat het hier gaat om bedragen waarover geen betwisting bestaat.

Op grond van de ontworpen wijziging van artikel 69, § 1, van het KB AUR zal de intrest verschuldigd zijn wanneer de behandelingstermijn wordt overschreden en de betaling niet is verricht. Vermits in het nieuwe systeem tijdens de behandelingstermijn echter zowel het nazicht als de betaling dient te gebeuren, zal het niet verrichten van de betaling binnen de termijn mogelijk het gevolg zijn van het bestaan van een betwisting over de uitvoering van de overeenkomst.

De gemachtigde bevestigde dat in artikel 69, § 1, van het KB AUR, naar analogie van artikel 5 van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties’ en overeenkomstig artikel 4, lid 1, a), van de richtlijn 2011/7/EU, best uitdrukkelijk bepaald wordt dat een interest verschuldigd is, op voorwaarde dat de schuldenaar zijn contractuele en wettelijke verplichtingen heeft vervuld.

Er dient dan ook in de nodige bijkomende aanpassingen van artikel 69, § 1, KB AUR te worden voorzien.

³ Dat laatste werd immers opgeheven bij artikel 57 van de wet van 13 april 2019 ‘tot invoering van het Wetboek van de minnelijke en gedwongen invordering van fiscale en niet-fiscale schuldvorderingen’.

Slotopmerking

12. Bij de aanvang van het dispositief dient een bepaling te worden ingevoegd waarin wordt vermeld dat het ontwerp voorziet in de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2011/7/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 2011 ‘betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties’.

*

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation a fait porter son examen essentiellement sur la compétence de l'auteur de l'acte, le fondement juridique et l'accomplissement des formalités prescrites.

*

OBSERVATION PRÉLIMINAIRE

2. Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention du demandeur de l'avis sur le fait que la dissolution des Chambres législatives emporte que, depuis cette date et jusqu'à ce que, à la suite de l'élection de la Chambre des représentants, le Roi nomme un nouveau gouvernement, le gouvernement ne dispose plus de la plénitude de ses compétences. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si le projet relève bien des compétences ainsi limitées, 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.

PORTÉE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet d'apporter un certain nombre de modifications à l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics' (ci-après : AR RGE) en ce qui concerne les règles de paiement.

La principale modification consiste en l'utilisation d'un seul et unique délai de traitement, en principe, pour la vérification et le paiement des marchés publics et en l'abandon de la séparation en un délai de vérification et un délai de paiement distinct (articles 1^{er}, 7, 9 et 13 du projet). Le délai de traitement compte en principe trente jours, mais il peut, sous certaines conditions, être prolongé à soixante jours maximum par l'adjudicateur dans les documents du marché (article 2, a), du projet).

Pour les adjudicateurs qui dispensent des soins de santé et qui sont dûment reconnus à cette fin, le délai de traitement s'élève à soixante jours, uniquement pour les marchés publics relatifs à l'exercice de cette activité spécifique (articles 7, 9 et 13 du projet). Ces adjudicateurs peuvent appliquer des délais de paiement et de vérification distincts en prévoyant dans les documents du marché un délai de vérification maximal de trente jours (article 2, b), du projet).

Un certain nombre de dispositions de l'AR RGE sont adaptées afin de tenir compte du nouveau régime relatif au délai de traitement (articles 4 à 12 du projet) et un rapportage par les adjudicateurs est prévu pour en contrôler l'application (article 3 du projet).

L'entrée en vigueur des nouvelles règles est fixée au 1^{er} janvier 2025 pour les marchés dont l'avis de marché a été publié à partir de cette date ou, à défaut d'une obligation de publication préalable, les marchés pour lesquels l'invitation à introduire une offre a été lancée à partir de cette date (article 14 du projet).

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4.1. Le rapport au Roi indique que les auteurs du projet entendent répondre aux considérations de la Cour de justice de l'Union européenne formulées dans l'arrêt C-585/20 du 20 octobre 2022 ¹.

Dans l'arrêt précité, la Cour de justice a jugé que l'article 4, paragraphes 3 à 6, de la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 'concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales' s'oppose à une réglementation nationale qui prévoit, de manière générale, pour toutes les transactions commerciales entre entreprises et pouvoirs publics, un délai de paiement d'une durée maximale de soixante jours civils, y compris lorsque ce délai est composé d'un délai initial de trente jours pour une procédure d'acceptation ou de vérification de la conformité des marchandises ou des services fournis avec le contrat, suivi d'un délai supplémentaire de trente jours pour le paiement du prix convenu. C'est la raison pour laquelle on passe à un système de délai de traitement (unique) de trente jours (en principe).

4.2.1. En ce qui concerne les adjudicateurs qui dispensent des soins de santé et qui sont dûment reconnus à cette fin, il est toutefois doublement dérogé au système de base en projet.

Tout d'abord, pour ces adjudicateurs, les marchés relatifs à leur activité spécifique de soins de santé bénéficient d'un délai de traitement de soixante jours au lieu de trente jours.

L'article 4, paragraphe 4, premier alinéa, b), de la directive 2011/7/UE permet une telle prolongation du délai de paiement de trente à soixante jours pour les entités publiques dispensant des soins de santé, dûment reconnues à cette fin. Le délai de traitement de soixante jours pour les adjudicateurs qui dispensent des soins de santé, mentionné dans l'arrêté en projet, semble donc conforme à la directive.

4.2.2. La question se pose de savoir si la différence de traitement qui naît entre les adjudicataires des adjudicateurs qui dispensent des soins de santé et les adjudicataires d'autres adjudicateurs est conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution.

¹ C.J.U.E., 20 octobre 2022, C-585/20, *BFF Finance Iberia*, ECLI:EU:C:2022:806.

Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, une différence de traitement ne peut se concilier avec les principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination que si cette différence repose sur un critère objectif et si elle est raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure concernée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ².

Le considérant 25 de la directive 2011/7/UE motive la possibilité prévue pour les États membres de prolonger le délai de paiement pour les entités publiques dispensant des soins de santé, comme suit :

« Dans une grande partie des États membres, les retards de paiement sont particulièrement inquiétants dans le secteur des services de santé. Les systèmes de soins de santé sont souvent obligés, en tant qu'élément fondamental de l'infrastructure sociale en Europe, de concilier besoins des individus et ressources financières disponibles, tandis que la population européenne vieillit, que les attentes grandissent et que la médecine progresse. Tous les systèmes sont confrontés à la nécessité de fixer des priorités parmi les soins de santé, de manière à établir un équilibre entre les besoins des patients individuels et les ressources financières disponibles. Il convient dès lors que les États membres aient la possibilité d'accorder aux entités publiques dispensant des soins de santé une certaine souplesse lorsqu'elles accomplissent leurs obligations. Il y a lieu, à cette fin, d'autoriser les États membres à prolonger, sous certaines conditions, le délai légal de paiement jusqu'à un maximum de soixante jours civils. Toutefois, les États membres devraient faire tout leur possible pour veiller à ce que les paiements dans le secteur des soins de santé soient effectués dans les délais légaux de paiement ».

Le rapport au Roi ne permet pas de déterminer si une telle justification est pertinente pour la différence de traitement que le projet instaure en droit interne. Interrogé à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Deze uitzonderingsmogelijkheid voor de instellingen in de gezondheidssector werd in richtlijn 2011/7 opgenomen omdat de situatie met betrekking tot de betalingsachterstanden in de gezondheidszorg (vanwege patiënten) in een aantal lidstaten bijzonder zorgwekkend was. De instellingen in de gezondheidszorg worden daarbij vaak gedwongen individuele behoeften te verzoenen met beschikbare financiële middelen. De gezondheidszorg ziet zich geconfronteerd met de uitdaging om in de gezondheidszorg op zodanige wijze prioriteiten vast te stellen dat er een evenwicht ontstaat tussen de behoeften van de individuele patiënten en de financiële middelen die ter beschikking staan. De lidstaten moeten aan de aan de gezondheidssector een zekere mate van flexibiliteit kunnen bieden opdat de instellingen die gezondheidszorg verstrekken aan hun verplichtingen kunnen voldoen.

In de memorie van toelichting voor wat betreft de wijziging aan de wet betalingsachterstand bij de initiële omzetting van richtlijn 2011/7/EU, werd deze uitzondering als volgt gemotiveerd :

² Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir par exemple : C.C., 17 juillet 2014, n° 107/2014, B.12 ; C.C., 25 septembre 2014, n° 141/2014, B.4.1 ; C.C., 30 avril 2015, n° 50/2015, B.16 ; C.C., 18 juin 2015, n° 91/2015, B.5.1 ; C.C., 16 juillet 2015, n° 104/2015, B.6 ; C.C., 16 juin 2016, n° 94/2016, B.3 ; C.C., 18 mai 2017, n° 60/2017, B.11 ; C.C., 15 juin 2017, n° 79/2017, B.3.1 ; C.C., 19 juillet 2017, n° 99/2017, B.11 ; C.C., 28 septembre 2017, n° 104/2017, B.8.

‘Ziekenhuizen en verzorgingstehuizen zien zich immers geconfronteerd met verschillende moeilijkheden bij het ontvangen van hun fondsen waarmee zij op hun beurt hun leveranciers dienen te betalen. Een te strikte en korte betalingstermijn zou ‘cashflow’ problemen kunnen opleveren voor de ziekenhuizen. Een substantieel deel van de budgetten verkrijgen de ziekenhuizen via de ziekteverzekering. Verzekerde patiënten dienen enkel het zogenaamde remgeld aan de ziekenhuizen te betalen. De rest van de ziekenhuisfactuur is ten laste van de ziekteverzekering maar wordt gemiddeld pas na 2 à 3 maanden aan het betrokken ziekenhuis terugbetaald. Wat betreft de budgetten die de verzorgingsinstellingen halen uit het deel van de kosten die door de patiënt zelf moeten gedragen worden, moet men ook rekening houden met de regel van de eenheidsfactuur. Deze regel houdt in dat men slechts één factuur naar de patiënt mag sturen. Deze factuur kan logischerwijze slechts opgemaakt worden bij het einde van de opname, wat problemen oplevert indien de patiënt voor lange tijd werd opgenomen. De verzorgingsinstellingen vervullen een belangrijke opdracht van algemeen belang. Mochten deze instellingen met financiële problemen te maken krijgen, dan zouden de gevolgen heel ernstig kunnen zijn. Een grotere flexibiliteit in het tegemoetkomen aan hun financiële verplichtingen kan een belangrijk hulpmiddel zijn in het financieel gezond houden van de verzorgingsinstellingen. Belgische verzorgingsinstellingen zijn bovendien in grote mate afhankelijk van andere actoren om de nodige budgetten te ontvangen om hun eigen leveranciers te betalen. Ook in deze optiek lijkt het opportuun om de nodige flexibiliteit te voorzien.’. DOC 53 2927/001
<https://www.dekamer.be/FLWB/pdf/53/2927/53K2927001.pdf> (p 16).

Deze motivatie is vandaag nog steeds actueel. Het complexe betalings- en subsidiesysteem van de actoren in de gezondheidssector, werd niet grondig gewijzigd. Bijgevolg zijn de aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken nog steeds gebaat met een zekere flexibiliteit, wat ons land betreft. Er werd geoordeeld dat het niet de bedoeling mag zijn dat de gezondheidsinstellingen cashflowproblemen zouden ondervinden wegens een te stringente benadering van de behandelingstermijn voorzien in de wetgeving overheidsopdrachten.

Daarenboven kan gemeld worden dat dat FOD Beleid & Ondersteuning, voor de periode 1 juli 2023 - 31 december 2023, de betaalgegevens van de Belgische aanbesteders heeft onderzocht. De betreffende gegevens werden overgemaakt aan de diensten van de Europese Commissie (zie bijlage, tabel 1). De gemiddelde betalingstermijn voor de ziekenhuizen bedroeg in de betreffende periode 58 dagen. Voor de Federale, Vlaamse, Waalse en Brusselse overheden was de termijn gemiddeld genomen korter (14 om precies te zijn wat het globale gemiddelde betreft). Daaruit kunnen we opmaken dat de actoren van de gezondheidszorg meer tijd nodig hebben om de facturen te betalen. Wel blijven de ziekenhuizen binnen de huidige voorziene betalingstermijn van 60 dagen. Voor de overheden zal de kans op cashflowproblemen zich minder pertinent stellen als bij de ziekenhuizen. Op dat vlak lijken de betreffende aanbesteders zich niet in dezelfde situatie te bevinden.

De voormelde gegevens werden wat de ziekenhuizen betreft bekomen door middel van een enquête bij de verschillende ziekenhuizen. De federale overheid kon, voor de betreffende periode, vanwege 29 van de 38 ziekenhuizen een antwoord ontvangen ».

Il est recommandé de faire figurer ces explications dans le rapport au Roi.

4.3. Outre le délai de traitement dérogatoire de soixante jours, les adjudicateurs qui dispensent des soins de santé sont autorisés, pour des marchés relatifs à leur activité spécifique de soins de santé, à prévoir dans les documents du marché un délai de vérification distinct de

maximum trente jours outre le délai de paiement de soixante jours, et ce sans qu'il soit imposé de condition supplémentaire quant à la nécessité de cette mesure compte tenu de la nature ou des caractéristiques particulières du marché.

Pourtant, il ne semble pas y avoir de raison d'admettre que la constatation, faite par la Cour de justice, selon laquelle la directive 2011/7/UE ne considère pas la procédure d'acceptation ou de vérification comme inhérente aux transactions commerciales entre des entreprises et les pouvoirs publics, ne s'appliquerait pas aux transactions commerciales entre des entreprises et des entités publiques qui dispensent des soins de santé.

Il a été demandé au délégué si le fait de prévoir sans raison un délai de vérification pour les adjudicateurs dispensant des soins de santé, est conforme à la directive 2011/7/UE. Le délégué a répondu en ces termes :

« Het arrest van het Hof van Justitie van 20 oktober 2022 bepaalt dat artikel 4, leden 3 tot en met 6, van richtlijn 2011/7/EU als volgt moet worden uitgelegd dat :

‘het in de weg staat aan een nationale regeling die op algemene wijze voor alle handelstransacties tussen ondernemingen en overheidsinstanties voorziet in een betalingstermijn van maximaal 60 kalenderdagen, ook wanneer die termijn bestaat in een aanvankelijke termijn van 30 dagen voor een procedure voor goedkeuring of verificatie van de conformiteit van de geleverde goederen of de verrichte diensten met de overeenkomst en een aanvullende termijn van 30 dagen voor de betaling van de overeengekomen prijs.’

Het is geenszins de bedoeling dat de aanbesteders binnen de gezondheidszorg voor alle opdrachten die ze lanceren zouden van de betreffende afwijkingsmogelijkheid gebruik maken. De aanbesteders die gezondheidszorg verstrekken mogen enkel afwijken van de algemene regel van behandelingstermijn voor opdrachten die verband houden met hun specifieke activiteit en wanneer er een bepaling wordt opgenomen in de opdrachtdocumenten. Deze aanbesteders moeten dus uitdrukkelijk in de opdrachtdocumenten opnemen dat ze willen afwijken van de algemene regel en dat kan enkel voor die activiteiten die inherent verbonden zijn aan hun gezondheidsactiviteiten. Voor het aankopen van pc's voor administratieve doeleinden, zal bijvoorbeeld dus niet afgeweken kunnen worden van de behandelingstermijn, behalve in die gevallen voorzien in artikel 2, § 2 van het KB dat aan uw advies werd voorgelegd ».

On peut se rallier à cette réponse, à la lumière de l'article 4, paragraphe 3, a), iv), de la directive 2011/7/UE, étant entendu qu'il faudra veiller à ce que les adjudicateurs concernés, lorsqu'ils utilisent la possibilité de dérogation, prévoient effectivement dans les documents du marché une procédure d'acceptation et de vérification, laquelle doit constater la conformité des biens ou des services avec le contrat, et à ce que le délai de vérification ne soit pas simplement utilisé pour obtenir un délai de paiement global plus long.

Il paraît en outre indiqué d'également faire figurer dans le rapport au Roi les précisions données par le délégué.

5. Le régime en projet entre en vigueur le 1^{er} janvier 2025. Comme mentionné, cette réglementation a été conçue pour éliminer l'incompatibilité avec la directive 2011/7/UE, ainsi qu'elle se déduit de son interprétation par la Cour de justice dans l'arrêt du 20 octobre 2022. Le

délai de transposition de cette directive ayant déjà expiré depuis longtemps, il semble indiqué de mettre la réglementation en conformité avec celle-ci le plus rapidement possible. La question se pose de savoir pourquoi le régime n'entre en vigueur que dans quelques mois, à savoir le 1^{er} janvier 2025. Il a été demandé au délégué de clarifier ce point, ce à quoi il a répondu :

« La date du 1^{er} janvier 2025 a été choisie pour laisser un temps raisonnable aux adjudicateurs pour s'adapter et se préparer aux nouvelles règles.

Il s'agit de modifications qui auront des conséquences importantes pour les adjudicateurs.

Faire entrer en vigueur l'arrêté royal dans la précipitation pourrait créer des effets indésirables. L'on pourrait aboutir à des situations dans lesquelles les adjudicateurs ne disposeraient plus du temps nécessaire pour procéder aux vérifications. Cela pourrait mener à l'absence de vérification ou à un dépassement du délai impliquant le paiement d'intérêts de retard (actuellement fixés à 12,5 %). Le paiement de ces intérêts de retard pourrait avoir des conséquences financières néfastes pour les adjudicateurs ».

La section de législation ne dispose pas de suffisamment d'éléments de fait lui permettant d'apprécier s'il est nécessaire de ne faire entrer en vigueur le régime précité que le 1^{er} janvier 2025. Il semble toutefois conseillé d'intégrer les explications supplémentaires du délégué concernant l'entrée en vigueur « reportée » de l'arrêté royal en projet dans le rapport au Roi.

EXAMEN DU TEXTE

Article 1^{er}

6. Il y a lieu de corriger l'historique mentionné de l'article 2 de l'AR RGE. En effet, cet article n'a pas été modifié par l'arrêté royal du 22 mai 2014, mais bien par les arrêtés royaux des 7 février 2014 et 22 juin 2017.

Article 2

7. Dans le texte néerlandais du 3^o de l'article 9, § 3, alinéa 2, en projet, de l'AR RGE, on écrira, à l'instar des autres dispositions en projet qui contiennent la même référence (dont, par exemple, l'article 9, § 2, alinéa 1^{er}, en projet), « de artikelen 95, §§ 3 *en* 4 » au lieu de « de artikelen 95, §§ 3 tot 4 ».

8. Le délégué a confirmé que le 2° de l'article 9, § 3/1, alinéa 3, 2°, en projet, de l'AR RGE, à l'instar par exemple de l'article 95, § 4, 2°, en projet, de cet arrêté royal, doit renvoyer à « l'article 55 du Code du recouvrement amiable et forcé des créances fiscales et non fiscales » et non à « l'article 403 du Code des impôts sur les revenus 1992 »³.

Article 3

9. Le délégué a confirmé qu'à l'alinéa 3 de l'article 66/1, en projet, de l'AR RGE, il faut ajouter la précision « de la loi » après les mots « aux articles 62, alinéa 1^{er}, et 143, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, », comme tel est le cas après les mots « aux articles 62, alinéa 2, et 143, § 1^{er}, alinéa 2 ».

Article 5

10. Le délégué a convenu que le groupe de mots à insérer dans l'article 69, § 1^{er}, de l'AR RGE doit s'énoncer comme suit : « Lorsque le délai de traitement visé aux articles 95, §§ 3 et 4, 127 et 160 est dépassé et que le paiement n'a pas été effectué, ».

11. Selon l'article 69, § 1^{er}, actuel, de l'AR RGE, l'adjudicataire a droit au paiement, de plein droit et sans mise en demeure, d'un intérêt au prorata du nombre de jours de retard, lorsque les délais fixés pour le paiement en vertu des articles 95, §§ 3 à 5, 127 et 160, actuels, sont dépassés. Puisque, dans le système actuel, le délai de paiement ne commence en principe à courir qu'à l'expiration du délai de vérification, on peut considérer qu'il s'agit ici de montants qui ne font l'objet d'aucune contestation.

Conformément à la modification en projet de l'article 69, § 1^{er}, de l'AR RGE, l'intérêt sera dû si le délai de traitement est dépassé et que le paiement n'a pas été effectué. Dès lors que, dans le nouveau système, tant la vérification que le paiement devront toutefois avoir lieu pendant le délai de traitement, le non-respect du délai de paiement pourra être la conséquence de l'existence d'une contestation à propos de l'exécution du contrat.

Le délégué a confirmé que, par analogie avec l'article 5 de la loi du 2 août 2002 'concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales' et conformément à l'article 4, paragraphe 1, a), de la directive 2011/7/UE, mieux vaudrait prévoir explicitement à l'article 69, § 1^{er}, de l'AR RGE qu'un intérêt est dû, à condition que le débiteur ait rempli ses obligations contractuelles et légales.

Il faudra par conséquent prévoir les adaptations supplémentaires nécessaires de l'article 69, § 1^{er}, de l'AR RGE.

³ Ce dernier a en effet été abrogé par l'article 57 de la loi du 13 avril 2019 'introduisant le Code du recouvrement amiable et forcé des créances fiscales et non fiscales'.

Observation finale

12. Au début du dispositif, on insérera une disposition indiquant que le projet transpose partiellement la directive 2011/7/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 ‘concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales’.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Ilse ANNÉ

Marnix VAN DAMME