



RAAD VAN STATE  
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT  
section de législation

advies 71.925/1/V  
van 26 augustus 2022

avis 71.925/1/V  
du 26 août 2022

over

sur

een voorontwerp van wet ‘tot  
wijziging van de wet van  
17 juni 2016 inzake  
overheidsopdrachten en de wet  
van 17 juni 2016 met  
betrekking tot de  
concessieovereenkomsten, met  
betrekking tot het bestuur’

un avant-projet de loi  
‘modifiant la loi du  
17 juin 2016 relative aux  
marchés publics et la loi du  
17 juin 2016 relative aux  
contrats de concession, en ce  
qui concerne la gouvernance’

Op 14 juli 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 31 augustus 2022,\* een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en de wet van 17 juni 2016 met betrekking tot de concessieovereenkomsten, met betrekking tot het bestuur’.

Het voorontwerp is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 18 augustus 2022. De kamer was samengesteld uit Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad, voorzitter, Stephan DE TAEYE en Peter SOURBRON, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Annemie GOOSSENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jeroen VAN NIEUWENHOVE, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 26 augustus 2022.

\*

Le 14 juillet 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé de plein droit jusqu'au 31 août 2022 \*\*, sur un avant-projet de loi ‘modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, en ce qui concerne la gouvernance’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre des vacations le 18 août 2022. La chambre était composée de Jeroen VAN NIEUWENHOVE, conseiller d'État, président, Stephan DE TAEYE et Peter SOURBRON, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Annemie GOOSSENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 26 août 2022.

\*

---

\* Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, *in fine*, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, waarin wordt bepaald dat deze termijn van rechtswege verlengd wordt met vijftien dagen wanneer hij begint te lopen tussen 15 juli en 31 juli of wanneer hij verstrijkt tussen 15 juli en 15 augustus.

\*\* Ce délai résulte de l'article 84, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2°, *in fine*, des lois ‘sur le Conseil d'État’, coordonnées le 12 janvier 1973 qui précise que ce délai est prolongé de plein droit de quinze jours lorsqu'il prend cours du 15 juillet au 31 juillet ou lorsqu'il expire entre le 15 juillet et le 15 août.

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<sup>1</sup>, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

\*

### STREKKING VAN HET VOORONTWERP

2. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt tot het aanbrengen van diverse wijzigingen in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

De wijzigingen van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ betreffen de opheffing van artikel 14, § 2, eerste lid, 5°, van deze wet, om aldus te voorzien in een ruimer toepassingsgebied van de verplichting tot het gebruik van elektronische communicatiemiddelen (artikel 2), de aanpassing van verwijzingen (artikelen 3 en 11), een regeling inzake de vereenvoudigde aankondiging van gegunde opdrachten en inzake de bekendmaking van indicatoren over de naleving van de verplichtingen tot aankondiging van gegunde opdrachten (artikelen 4 en 7), een algemene verplichting om in geval van niet-gunning een aankondiging van een gegunde opdracht bekend te maken (artikel 5), een verplichting voor overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan 30.000 euro om gegevens inzake de waarde van de overheidsopdrachten over te maken aan het aanspreekpunt bedoeld in artikel 163, § 2, van deze wet (artikelen 6 en 8), de rapportering door het aanspreekpunt over de mate van deelname van bepaalde categorieën van ondernemingen (artikel 9) en een wijziging van de regeling inzake het overmaken van gegevens over de waarde van de overheidsopdrachten (artikel 10).

Daarnaast wordt voorzien in de opheffing van artikel 59, § 4, van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ (artikel 12).

De aan te nemen wet treedt in werking op de tiende dag na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad, behalve wat de artikelen 2, 4, 6, 7, 8 en 10 betreft, waarvoor bijzondere regels voor inwerkingtreding zijn bepaald (artikel 13).

### VORMVEREISTEN

3. Artikel 83, lid 1, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’ luidt:

“Met het oog op een correcte en efficiënte uitvoering zien de lidstaten erop toe dat ten minste de in dit artikel genoemde taken worden verricht door één of meer autoriteiten,

---

<sup>1</sup> Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

instanties of structuren. Zij stellen de Commissie in kennis van alle autoriteiten, instanties of structuren die bevoegd zijn voor deze taken.”

Artikel 99, lid 1, van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG’ omvat een gelijkaardige verplichting.

De taken waarnaar de voormelde richtlijnbepalingen verwijzen betreffen onder meer de verplichting voor lidstaten om er zorg voor te dragen dat toezicht wordt gehouden op de toepassing van de regels voor overheidsopdrachten (artikel 83, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 99, lid 2, van richtlijn 2014/25/EU).

In het voorontwerp is onder meer bepaald dat de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning indicatoren bekendmaakt omtrent de naleving van de verplichting tot bekendmaking van de aankondigingen van gegunde opdrachten en dat deze gegevens worden gebundeld per aanbestedende overheid (artikel 4, 5°, van het voorontwerp), zowel voor opdrachten boven als onder de Europese drempels.

In zoverre de toewijzing van taken in het voorontwerp aan de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning behouden blijft (zie opmerking 6), zal er na het aannemen van het voorontwerp nog een kennisgeving aan de Europese Commissie moeten gebeuren.

### ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Behoudens een verwijzing naar een voorafgaande overweging 57 bij richtlijn 2014/24/EU, wordt in de memorie van toelichting bij het voorontwerp niet verwezen naar het Europeesrechtelijke kader.

De vraag rijst in dit verband vooreerst of een aantal bepalingen van het voorontwerp beschouwd kunnen worden als een verdere omzetting van de artikelen 83 e.v. van richtlijn 2014/24/EU en de artikelen 99 e.v. van richtlijn 2014/25/EU, die zijn ingedeeld onder titel IV (“Bestuur”) van beide richtlijnen.<sup>2</sup> De ontworpen regeling strekt er in hoofdzaak toe de gegevensinzameling over overheidsopdrachten te verbeteren en wijzigt daartoe de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’. Bepaalde regels gelden zowel voor opdrachten onder als boven de Europese drempels.

---

<sup>2</sup> Op te merken valt dat in het opschrift van het voorontwerp ook het begrip “bestuur” gehanteerd wordt.

Gevraagd of het voorontwerp in het licht hiervan strekt tot gedeeltelijke omzetting van richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU, stelde de gemachtigde:

“Les articles 83 et suiv. de la directive 2014/24/UE ont été transposés par les articles 163 et suiv. de la loi du 17 juin 2016. Ladite transposition a permis à la Belgique de satisfaire à ses obligations européennes. La Belgique a déjà remis deux rapports à la Commission européenne depuis l'entrée en vigueur de la directive.

L'un des objectifs du présent avant-projet est de faciliter le monitoring en général en modifiant la méthode de collecte de données. Il convient de rappeler que ce monitoring peut se faire dans le cadre du rapport européen mais également au niveau belge (à la demande des autorités belges pour satisfaire à des besoins belges et donc indépendamment du rapport de contrôle européen).

Il y a un lien entre le présent avant-projet de loi et les articles 83 et suiv. de la directive 2014/24/UE, même si cet avant-projet ne se limite pas à ces articles. Les obligations européennes ne représentent par ailleurs qu'un élément du monitoring parmi d'autres. De plus, le lien avec les articles 22 et 50 de la directive 2014/24/UE est plus marquant qu'avec l'article 83. Pour ces articles également, la transposition belge a déjà été effectuée mais des modifications vont intervenir.

En conclusion, il est difficile de dire que le présent projet transpose même de manière partielle l'article 83 de la directive 2014/24/UE mais il permet entre autres d'atteindre plus facilement l'objectif présent dans l'article 83. (La réponse va dans le même ordre d'idées pour ce qui concerne la directive 2014/25/UE.)”

Uit die toelichting kan worden begrepen dat het voorontwerp in elk geval bijdraagt aan het bereiken van de doelstellingen van titel IV “bestuur” van richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU. Zoals blijkt uit de verdere bespreking (zie opmerking 11), strekt artikel 5 van het voorontwerp er voorts toe verplichtingen op te leggen die verder gaan dan deze die worden voorzien door deze richtlijnen.

Het relevante Europeesrechtelijke kader is niet beperkt tot richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU. Uit de toelichting van de gemachtigde bij artikel 11 van het voorontwerp,<sup>3</sup> blijkt dat deze bepaling strekt tot de correctie van een omzettingbepaling van richtlijn 2019/1161/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ‘tot wijziging van richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen’. De memorie van toelichting bij het voorontwerp maakt echter geen melding van deze richtlijn.

Er kan worden besloten dat de voormelde bepalingen van het voorontwerp in elk geval invloed hebben op de wijze van omzetting van de richtlijnen 2014/24/EU, 2014/25/EU en 2019/1161/EU en van aard zijn om daarop in te grijpen. Met het oog op de vereiste transparantie met betrekking tot de overeenstemming van de ontworpen wijzigingen met de betrokken

<sup>3</sup> De gemachtigde verklaarde daarover: “(...) En effet, l'article 168/1, § 4, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup> tiret, de la loi du 17 juin 2016 impose aux adjudicateurs d'indiquer si le marché concerne un marché public visé au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup>. Il est dès lors ici fait référence aux marchés publics pour l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de véhicules et aux contrats de service public au sens du règlement (CE) n° 1370/2007 ayant pour objet le transport de voyageurs par autobus. Cette indication a pour objectif de permettre à la Commission européenne d'extraire les données pertinentes des avis d'attribution sur la base du Ted (voir article 10, 3, de la directive 2019/1161/UE). Ledit article concerne les contrats visés à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, points a) et c) de la directive, à savoir d'une part, les contrats d'achat, de prise en crédit-bail, de location ou de location-vente de véhicules de transport routier et d'autre part, les contrats de services figurant dans le tableau 1 de l'annexe de la directive. (...)”

richtlijnen, is het aangewezen dat de memorie van toelichting deze wijzigingen situeert binnen het toepasselijke Europeesrechtelijke kader, inzonderheid ten aanzien van de relevante voorschriften van de voornoemde richtlijnen<sup>4</sup>.

5. Het voorontwerp brengt, afgezien van een opheffingsbepaling (artikel 12 van het voorontwerp), geen wijzigingen aan in de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’. De wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ wordt voorts niet gewijzigd door het voorontwerp.

In het advies van de Inspectie van Financiën van 17 maart 2022 wordt in dit verband onder meer gesteld:

“(…) Toutefois, vu l’impact budgétaire des marchés publics passés par le Ministère de la Défense et la Pol Fed, elle est d’avis que les obligations en matière de gouvernance et de transparence doivent également être d’application pour les marchés publics qui tombent sous l’application de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la Défense et de la sécurité. (...)”

Gevraagd om nader toe te lichten waarom er niet voor gekozen is om gelijkaardige wijzigingen aan te brengen in de wet van 13 augustus 2011, stelde de gemachtigde:

“Dans un premier temps, il convient de rappeler que la présente loi a pour objectif de récolter des données statistiques afin de permettre un monitoring des marchés publics. Ce monitoring est notamment nécessaire afin de satisfaire à l’obligation des Etats membres d’envoyer un rapport de gouvernance à la Commission européenne. Il est à noter que cette obligation de rapportage est présente dans les directives 2014/24/UE, 2014/25/UE et 2014/23/UE. Elle n’est par contre pas présente dans la directive 2009/81/CE. Il en résulte qu’aucun rapport ne doit être envoyé à la Commission européenne concernant les marchés publics passés dans le cadre 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.

Il est également important d’avoir à l’esprit que la loi du 13 août 2011 n’a pas fait l’objet d’une révision comme cela a été le cas pour les secteurs classiques, les secteurs spéciaux et les concessions (suite à la transposition des directives 2014/24/UE, 2014/25/UE et 2014/23/UE). Il en résulte que l’articulation de la loi du 13 août 2011 est différente de celle de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

Ceci étant dit, les marchés publics qui tombent sous l’application de la loi du 13 août 2011 n’ont pas été oubliés. Certaines mesures sont prévues même s’il est vrai qu’elles ne sont pas identiques. Le SPF Chancellerie du Premier Ministre a en effet été chargé par le Conseil des ministres d’élaborer un avant-projet d’arrêté royal modifiant l’arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, qui vise à introduire un avis d’attribution simplifié pour les marchés dans les

<sup>4</sup> Vgl. adv.RvS 69.169/1-69.170/1-69.171/1 van 18 mei 2021 over een voorstel van wet en de amendementen nrs. 1 tot 5 erbij dat heeft geleid tot de wet van 14 augustus 2021 ‘tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties’, opmerking 5 (*Parl.St.* Kamer, 2020-21, nr. 55-1036/004, 5-6).

domaines de la défense et de la sécurité en dessous des seuils européens. Il a également été demandé au SPF précité de développer une mesure permettant de monitorer les marchés passés dans les domaines de la défense et de la sécurité sur la base d'un accord-cadre. L'introduction de ces modifications ne nécessite pas de modification de la loi du 13 août 2011. L'article 19 de cette loi prévoit en effet déjà une large habilitation au Roi. A noter également que la loi du 13 août 2011 est moins détaillée que la loi du 17 juin 2016."

Verder gevraagd waarom in het licht van de voormelde toelichting in het voorontwerp dan enkel in een regeling inzake overheidsopdrachten en niet inzake concessieovereenkomsten wordt voorzien, stelde de gemachtigde:

"Dans un premier temps, il convient d'avoir à l'esprit que la directive 2014/23/UE consacre des règles comparables à celles des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE mais pas identiques. Il est exact de dire que la directive 2014/23/UE comporte une obligation de rapportage en son article 45. Les obligations européennes en matière de concessions sont néanmoins moins étendues que pour les marchés publics. La Commission européenne ne demande notamment pas aux Etats membres de données concernant les concessions inférieures aux seuils européens (comme dans les articles 85 de la directive 2014/24/UE et 101 de la directive 2014/25/UE). Une autre différence réside dans le fait qu'un rapport européen doit obligatoirement être envoyé tous les 3 ans pour ce qui concerne les marchés publics. Par contre, concernant les contrats de concession, un rapport ne doit être élaboré par les Etats membres qu'à la demande de la Commission européenne. De plus, en cas de demande de la Commission européenne, les données à fournir sont nettement moins étendues que pour les marchés publics. En conséquence de quoi, aucune modification légale n'est nécessaire pour répondre aux obligations européennes. Les données disponibles actuellement et la manière de les récolter suffisent.

Il convient également d'avoir à l'esprit qu'il y a nettement moins de contrats de concession que de marchés publics. Le champ d'application de la loi 'concessions' diffère également de celui de la loi 'marchés publics'. La nécessité d'un monitoring plus automatisé se fait moins sentir pour les contrats de concessions que pour les marchés publics. La loi a également été rédigée en vue de ne pas alourdir inutilement les charges administratives pour les adjudicateurs et les opérateurs économiques. A noter que les avis d'attribution de concession (voir article 44 de la loi) sont obligatoires conformément au champ d'application de la loi. Et, même lorsque la valeur estimée de la concession de travaux (passée par un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public) ne dépasse pas 1.750.000 euros, l'article 43 prévoit en son paragraphe 2, la publication d'un avis d'attribution de concession au niveau belge.

En conclusion, il n'a dès lors pas été jugé nécessaire de modifier davantage la loi 'concessions' qui répond déjà aux nécessités actuelles de monitoring."

Het is nuttig om de hiervoor aangehaalde verduidelijkingen over het materiele toepassingsgebied van het voorontwerp op te nemen in de memorie van toelichting bij het voorontwerp.

6. In diverse van de ontworpen wettelijke bepalingen wordt specifiek verwezen naar de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning.

Luidens artikel 37 van de Grondwet berust de federale uitvoerende macht, zoals zij door de Grondwet is geregeld, bij de Koning. Daaruit volgt dat de regeling van de organisatie en de werking van de bestuursdiensten zaak is van de Koning. Van dit beginsel kan de wetgever slechts afwijken wanneer daartoe een dwingende reden bestaat, wanneer een hogere rechtsnorm daartoe zou verplichten of wanneer dit ingrijpen zijn reden vindt in het vrijwaren van de rechten van de burger<sup>5</sup>.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, wees er recent, in een gelijkaardige context, nog op dat in beginsel de met de uitvoering van wetsbepalingen belaste organen op een generieke wijze dienen te worden aangewezen<sup>6</sup>. Een alternatief is aan de Koning de opdracht te verlenen om telkens de betrokken organen aan te wijzen. Het is dan ook aangewezen om de ontworpen regeling op dit punt aan te passen.

## ONDERZOEK VAN DE TEKST

### Opschrift

7. In het opschrift van het voorontwerp dient in de Nederlandse tekst het correcte opschrift van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ te worden vermeld (betreffende – en niet: met betrekking tot – de concessieovereenkomsten).

### Artikel 2

8. In artikel 2 van het voorontwerp moet de verwijzing naar “artikel 14, § 2,” worden vervangen door een verwijzing naar “artikel 14, § 2, eerste lid.”.

### Artikelen 4 en 7

9. In het door artikel 4, 5°, van het voorontwerp ontworpen lid moet de zinsnede “de in het eerste lid en tweede lid bedoelde aankondigingen van gegunde opdracht” worden vervangen door de zinsnede “de in het eerste lid en tweede lid bedoelde aankondigingen van gegunde opdracht en vereenvoudigde aankondigingen van gegunde opdracht”.

---

<sup>5</sup> Adv.RvS 71.176/1 van 18 maart 2022 over amendementen bij een wetsontwerp dat heeft geleid tot de wet van 18 mei 2022 ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten’ opmerking 11 (*Parl.St.* Kamer 2021-22, nr. 55-2496/004, 12); adv.RvS 71.635/1 van 4 juli 2022 over een wetsvoorstel ‘tot wijziging van de wet van 13 februari 1998 houdende bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling en van het koninklijk besluit van 24 mei 1976 betreffende het collectief ontslag, teneinde de regels met betrekking tot de bescherming van de werkgelegenheid bij collectief ontslag te verfijnen’ opmerking 4 (*Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1928/003, 4).

<sup>6</sup> Adv.RvS 71.176/1 van 18 maart 2022, opmerking 11.

10. In het door artikel 7, 4°, van het voorontwerp ontworpen lid moet de zinsnede “de eerste paragraaf vermelde aankondigingen van gegunde opdracht” worden vervangen door de zinsnede “de in de eerste paragraaf bedoelde aankondigingen van gegunde opdracht en vereenvoudigde aankondigingen van gegunde opdracht”.

### Artikel 5

11. De zinsnede “In deze gevallen” in de door artikel 5 van het voorontwerp ontworpen zin moet worden vervangen door de zinsnede “In geval van het afzien van het gunnen van de opdracht”. Gelet op hetgeen vermeld staat in de huidige tweede zin van artikel 85 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’<sup>7</sup>, zou de nieuwe verplichting anders immers ook toepassing vinden in geval van het herbeginnen van de procedure of in geval van het niet sluiten van de opdracht<sup>8</sup>. In die beide hypothesen kan echter al voorafgaand een gunning hebben plaatsgevonden, waarop de bestaande verplichting van de aankondiging van een gegunde opdracht al van toepassing is. De voorgestelde aanpassing is ook coherent in het licht van de verwijzing in de door artikel 5 van het voorontwerp ontworpen zin naar “de beslissing tot niet-gunning”.

\*

---

<sup>7</sup> Deze zin luidt: “De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

<sup>8</sup> De sluiting van de opdracht wordt gedefinieerd als de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbesteder en de opdrachtnemer (artikel 2, 39°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’).

1. En application de l'article 84, § 3, alinéa 1<sup>er</sup>, 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<sup>1</sup> et l'accomplissement des formalités prescrites.

\*

### PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

2. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet d'apporter diverses modifications dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et dans la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

Les modifications de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' concernent l'abrogation de l'article 14, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 5<sup>o</sup>, de ladite loi, et ce afin d'élargir le champ d'application de l'obligation de l'usage de moyens de communication électroniques (article 2), d'adapter des références (articles 3 et 11), de régler les avis d'attribution de marchés simplifiés et la publication d'indicateurs concernant le respect des obligations relatives aux avis d'attribution de marchés (articles 4 et 7), de prévoir, en cas de non-attribution, une obligation générale de publication d'un avis d'attribution de marché (article 5), de prévoir une obligation, pour les marchés publics dont la valeur estimée est inférieure à 30.000 euros, de transmettre les données relatives à la valeur des marchés publics au point de référence visé à l'article 163, § 2, de cette loi (articles 6 et 8), de définir le rapport à établir par le point de référence quant au degré de participation de certaines catégories d'entreprises (article 9) et de modifier les règles de transmission des données concernant la valeur des marchés publics (article 10).

Par ailleurs, il est prévu d'abroger l'article 59, § 4, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' (article 12).

La loi dont l'adoption est envisagée entre en vigueur le dixième jour qui suit sa publication au Moniteur belge, à l'exception des articles 2, 4, 6, 7, 8 et 10, pour lesquels des règles particulières d'entrée en vigueur sont prévues (article 13).

### FORMALITÉS

3. L'article 83, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE' s'énonce comme suit :

« Pour assurer effectivement la bonne application et la mise en œuvre efficace de la présente directive, les États membres veillent à ce que, pour le moins, les tâches énoncées dans le présent article soient accomplies par une ou plusieurs autorités, organismes ou

---

<sup>1</sup> S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité avec les normes supérieures.

structures. Ils indiquent à la Commission toutes les autorités, instances ou structures qui sont compétentes pour ces tâches ».

L'article 99, paragraphe 1, de la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE' comporte une obligation analogue.

Les tâches auxquelles se réfèrent lesdites dispositions des directives concernent notamment l'obligation pour les États membres de veiller au contrôle de l'application des règles relatives aux marchés publics (article 83, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE et article 99, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE).

L'avant-projet prévoit notamment que le Service public fédéral Stratégie et Appui publie des indicateurs relatifs au respect de l'obligation de publier les avis d'attribution de marchés et que ces données sont groupées par pouvoir adjudicateur (article 4, 5°, de l'avant-projet), en ce qui concerne à la fois les marchés au-dessous et au-dessus des seuils européens.

Dans la mesure où l'avant-projet maintient l'attribution de tâches au Service public fédéral Stratégie et Appui (voir l'observation 6), une notification à la Commission européenne devra encore avoir lieu après l'adoption de l'avant-projet.

### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Hormis une référence à un considérant liminaire 57 de la directive 2014/24/UE, l'exposé des motifs de l'avant-projet ne fait pas référence au cadre juridique européen.

À ce sujet, la question se pose tout d'abord de savoir si un certain nombre de dispositions de l'avant-projet peuvent être considérées comme poursuivant la transposition des articles 83 et suivants de la directive 2014/24/UE et des articles 99 et suivants de la directive 2014/25/UE, qui sont classés sous le titre IV (« Gouvernance ») de ces deux directives<sup>2</sup>. Le dispositif en projet vise essentiellement à améliorer la collecte de données concernant les marchés publics et modifie à cet effet la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'. Certaines règles s'appliquent à la fois aux marchés au-dessous et au-dessus des seuils européens.

À la question de savoir si, au regard de ce qui précède, l'avant-projet vise la transposition partielle des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE, le délégué a répondu ce qui suit :

« Les articles 83 et suiv. de la directive 2014/24/UE ont été transposés par les articles 163 et suiv. de la loi du 17 juin 2016. Ladite transposition a permis à la Belgique de satisfaire à ses obligations européennes. La Belgique a déjà remis deux rapports à la Commission européenne depuis l'entrée en vigueur de la directive.

L'un des objectifs du présent avant-projet est de faciliter le monitoring en général en modifiant la méthode de collecte de données. Il convient de rappeler que ce monitoring

<sup>2</sup> On notera que l'intitulé de l'avant-projet emploie lui aussi la notion de « gouvernance ».

peut se faire dans le cadre du rapport européen mais également au niveau belge (à la demande des autorités belges pour satisfaire à des besoins belges et donc indépendamment du rapport de contrôle européen).

Il y a un lien entre le présent avant-projet de loi et les articles 83 et suiv. de la directive 2014/24/UE, même si cet avant-projet ne se limite pas à ces articles. Les obligations européennes ne représentent par ailleurs qu'un élément du monitoring parmi d'autres. De plus, le lien avec les articles 22 et 50 de la directive 2014/24/UE est plus marquant qu'avec l'article 83. Pour ces articles également, la transposition belge a déjà été effectuée mais des modifications vont intervenir.

En conclusion, il est difficile de dire que le présent projet transpose même de manière partielle l'article 83 de la directive 2014/24/UE mais il permet entre autres d'atteindre plus facilement l'objectif présent dans l'article 83. (La réponse va dans le même ordre d'idées pour ce qui concerne la directive 2014/25/UE.) ».

Il peut se déduire de ces explications que l'avant-projet contribue en tout cas à atteindre les objectifs du titre IV « gouvernance » des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Ainsi qu'il ressort de la suite de l'examen de l'avant-projet (voir l'observation 11), son article 5 vise en outre à imposer des obligations qui vont au-delà de celles prévues par ces directives.

Le cadre juridique européen pertinent ne se limite pas aux directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Il ressort des explications fournies par le délégué à propos de l'article 11 de l'avant-projet<sup>3</sup> que cette disposition vise à corriger une disposition de transposition de la directive 2019/1161/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 'modifiant la directive 2009/33/CE relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie'. L'exposé des motifs de l'avant-projet ne fait toutefois pas mention de cette directive.

On peut en conclure que les dispositions précitées de l'avant-projet ont en tout cas une incidence sur les modalités de transposition des directives 2014/24/UE, 2014/25/UE et 2019/1161/UE et qu'elles sont de nature à les influencer. En vue de la transparence requise concernant la conformité des modifications en projet avec les directives concernées, il est indiqué que l'exposé des motifs situe ces modifications dans le cadre juridique européen applicable, plus spécifiquement à l'égard des prescriptions pertinentes des directives précitées<sup>4</sup>.

5. Hormis une disposition abrogatoire (article 12 de l'avant-projet), l'avant-projet n'apporte aucune modification à la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'. L'avant-projet ne modifie pas non plus la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à

<sup>3</sup> Le délégué a déclaré à ce sujet : « (...) En effet, l'article 168/1, § 4, alinéa 1<sup>er</sup>, 4<sup>e</sup> tiret, de la loi du 17 juin 2016 impose aux adjudicateurs d'indiquer si le marché concerne un marché public visé au paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> ou 2<sup>o</sup>. Il est dès lors ici fait référence aux marchés publics pour l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de véhicules et aux contrats de service public au sens du règlement (CE) n° 1370/2007 ayant pour objet le transport de voyageurs par autobus. Cette indication a pour objectif de permettre à la Commission européenne d'extraire les données pertinentes des avis d'attribution sur la base du Ted (voir article 10, 3, de la directive 2019/1161/UE). Ledit article concerne les contrats visés à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, points a) et c) de la directive, à savoir d'une part, les contrats d'achat, de prise en crédit-bail, de location ou de location-vente de véhicules de transport routier et d'autre part, les contrats de services figurant dans le tableau 1 de l'annexe de la directive. (...) ».

<sup>4</sup> Comparer avec l'avis C.E. 69.169/1-69.170/1-69.171/1 du 18 mai 2021 sur une proposition de loi, et les amendements n°s 1 à 5 à celle-ci, devenue la loi du 14 août 2021 'modifiant la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales', observation 5 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n°55-1036/004, pp. 5-6).

certaines marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'.

À cet égard, l'avis de l'Inspection des Finances du 17 mars 2022 indique notamment :

« (...) Toutefois, vu l'impact budgétaire des marchés publics passés par le Ministère de la Défense et la Pol Fed, elle est d'avis que les obligations en matière de gouvernance et de transparence doivent également être d'application pour les marchés publics qui tombent sous l'application de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la Défense et de la sécurité. (...) ».

Invité à préciser pourquoi l'on n'a pas choisi d'apporter des modifications analogues à la loi du 13 août 2011, le délégué a déclaré :

« Dans un premier temps, il convient de rappeler que la présente loi a pour objectif de récolter des données statistiques afin de permettre un monitoring des marchés publics. Ce monitoring est notamment nécessaire afin de satisfaire à l'obligation des Etats membres d'envoyer un rapport de gouvernance à la Commission européenne. Il est à noter que cette obligation de rapportage est présente dans les directives 2014/24/UE, 2014/25/UE et 2014/23/UE. Elle n'est par contre pas présente dans la directive 2009/81/CE. Il en résulte qu'aucun rapport ne doit être envoyé à la Commission européenne concernant les marchés publics passés dans le cadre 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.

Il est également important d'avoir à l'esprit que la loi du 13 août 2011 n'a pas fait l'objet d'une révision comme cela a été le cas pour les secteurs classiques, les secteurs spéciaux et les concessions (suite à la transposition des directives 2014/24/UE, 2014/25/UE et 2014/23/UE). Il en résulte que l'articulation de la loi du 13 août 2011 est différente de celle de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

Ceci étant dit, les marchés publics qui tombent sous l'application de la loi du 13 août 2011 n'ont pas été oubliés. Certaines mesures sont prévues même s'il est vrai qu'elles ne sont pas identiques. Le SPF Chancellerie du Premier Ministre a en effet été chargé par le Conseil des ministres d'élaborer un avant-projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 23 janvier 2012 relatif à la passation des marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité, qui vise à introduire un avis d'attribution simplifié pour les marchés dans les domaines de la défense et de la sécurité en dessous des seuils européens. Il a également été demandé au SPF précité de développer une mesure permettant de monitorer les marchés passés dans les domaines de la défense et de la sécurité sur la base d'un accord-cadre. L'introduction de ces modifications ne nécessite pas de modification de la loi du 13 août 2011. L'article 19 de cette loi prévoit en effet déjà une large habilitation au Roi. A noter également que la loi du 13 août 2011 est moins détaillée que la loi du 17 juin 2016 ».

Ensuite, à la question de savoir pourquoi, au regard des explications précitées, l'avant-projet prévoit uniquement un régime concernant les marchés publics et non les contrats de concession, le délégué a indiqué :

« Dans un premier temps, il convient d'avoir à l'esprit que la directive 2014/23/UE consacre des règles comparables à celles des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE mais

pas identiques. Il est exact de dire que la directive 2014/23/UE comporte une obligation de rapportage en son article 45. Les obligations européennes en matière de concessions sont néanmoins moins étendues que pour les marchés publics. La Commission européenne ne demande notamment pas aux Etats membres de données concernant les concessions inférieures aux seuils européens (comme dans les articles 85 de la directive 2014/24/UE et 101 de la directive 2014/25/UE). Une autre différence réside dans le fait qu'un rapport européen doit obligatoirement être envoyé tous les 3 ans pour ce qui concerne les marchés publics. Par contre, concernant les contrats de concession, un rapport ne doit être élaboré par les Etats membres qu'à la demande de la Commission européenne. De plus, en cas de demande de la Commission européenne, les données à fournir sont nettement moins étendues que pour les marchés publics. En conséquence de quoi, aucune modification légale n'est nécessaire pour répondre aux obligations européennes. Les données disponibles actuellement et la manière de les récolter suffisent.

Il convient également d'avoir à l'esprit qu'il y a nettement moins de contrats de concession que de marchés publics. Le champ d'application de la loi 'concessions' diffère également de celui de la loi 'marchés publics'. La nécessité d'un monitoring plus automatisé se fait moins sentir pour les contrats de concessions que pour les marchés publics. La loi a également été rédigée en vue de ne pas alourdir inutilement les charges administratives pour les adjudicateurs et les opérateurs économiques. A noter que les avis d'attribution de concession (voir article 44 de la loi) sont obligatoires conformément au champ d'application de la loi. Et, même lorsque la valeur estimée de la concession de travaux (passée par un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique agissant dans le cadre de ses tâches de service public) ne dépasse pas 1.750.000 euros, l'article 43 prévoit en son paragraphe 2, la publication d'un avis d'attribution de concession au niveau belge.

En conclusion, il n'a dès lors pas été jugé nécessaire de modifier davantage la loi 'concessions' qui répond déjà aux nécessités actuelles de monitoring ».

Il est utile d'intégrer les éclaircissements précités relatifs au champ d'application matériel de l'avant-projet dans l'exposé des motifs de celui-ci.

6. Dans différentes dispositions légales en projet, il est fait spécifiquement référence au Service public fédéral Stratégie et Appui.

Selon l'article 37 de la Constitution, le pouvoir exécutif fédéral, tel qu'il est réglé par la Constitution, appartient au Roi. Il en découle qu'il revient au Roi de régler l'organisation et le fonctionnement des services administratifs. Le législateur ne peut déroger à ce principe que pour une raison impérieuse, lorsqu'une norme supérieure l'y oblige ou lorsque cette intervention est motivée par la préservation des droits du citoyen <sup>5</sup>.

Le Conseil d'État, section de législation, a encore récemment observé, dans un contexte similaire, qu'en principe, les organes chargés de l'exécution des dispositions légales doivent être désignés d'une manière générique <sup>6</sup>. Une autre solution consiste à charger le Roi de

<sup>5</sup> Avis C.E. 71.176/1 du 18 mars 2022 sur des amendements à un projet de loi devenu la loi du 18 mai 2022 'modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession', observation 11 (*Doc. parl.*, Chambre, 2021-22, n° 55-2496/004, p. 12) ; avis C.E. 71.635/1 du 4 juillet 2022 sur une proposition de loi 'modifiant la loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi et l'arrêté royal du 24 mai 1976 sur les licenciements collectifs, afin d'affiner les règles en matière de protection de l'emploi en cas de licenciement collectif', observation 4 (*Doc. parl.*, Chambre, 2020-21, n° 55-1928/003, p. 4).

<sup>6</sup> Avis C.E. 71.176/1 du 18 mars 2022, observation 11.

désigner chaque fois l'organe concerné. Il est dès lors indiqué d'adapter le dispositif en projet sur ce point.

## EXAMEN DU TEXTE

### Intitulé

7. Le texte néerlandais de l'intitulé de l'avant-projet doit mentionner l'intitulé correct de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' ('betreffende – et non : met betrekking tot – de concessieovereenkomsten').

### Article 2

8. Dans l'article 2 de l'avant-projet, on remplacera la référence à « l'article 14, § 2, » par une référence à « l'article 14, § 2, alinéa 1<sup>er</sup>, ».

### Articles 4 et 7

9. À l'alinéa, en projet à l'article 4, 5°, de l'avant-projet, on remplacera le membre de phrase « les avis d'attribution de marchés visés aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2 » par le membre de phrase « les avis d'attribution de marchés et les avis d'attribution de marchés simplifiés visés aux alinéas 1<sup>er</sup> et 2 ».

10. Dans l'alinéa, en projet à l'article 7, 4°, de l'avant-projet, on remplacera le membre de phrase « les avis d'attribution de marchés visés au paragraphe 1<sup>er</sup> » par le membre de phrase « les avis d'attribution de marchés et les avis d'attribution de marchés simplifiés visés au paragraphe 1<sup>er</sup> ».

### Article 5

11. On remplacera le membre de phrase « Dans ces cas », en projet à l'article 5 de l'avant-projet, par le membre de phrase « Dans le cas de la renonciation à l'attribution du marché ». En effet, à défaut, compte tenu de ce que mentionne la seconde phrase actuelle de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' <sup>7</sup>, la nouvelle obligation s'appliquerait également en cas de recommencement de la procédure ou en cas de non-conclusion du marché <sup>8</sup>. Cependant, dans ces deux hypothèses, une attribution peut déjà avoir eu lieu préalablement, à laquelle s'applique déjà l'obligation existante de l'avis d'attribution de marché. L'adaptation proposée est également cohérente au regard de la référence que la phrase, en projet à l'article 5 de l'avant-projet, fait à « la décision de non-attribution ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Annemie GOOSSENS

Jeroen VAN NIEUWENHOVE

---

<sup>7</sup> Cette phrase s'énonce comme suit : « Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière ».

<sup>8</sup> La conclusion du marché est définie comme étant la naissance du lien contractuel entre l'adjudicateur et l'adjudicataire (article 2, 39°, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics').