



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 73.867/1
van 14 juli 2023

avis 73.867/1
du 14 juillet 2023

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 en van het
koninklijk besluit van 9 maart 2022
tot vaststelling van de modaliteiten
aangaande de verplichting voor de
ondernemers op het gebied van de
elektronische facturering in het
kader van overheidsopdrachten en
concessieovereenkomsten'

un projet d'arrêté royal 'modifiant
l'arrêté royal du 14 janvier 2013
établissant les règles générales
d'exécution des marchés publics et
l'arrêté royal du 9 mars 2022 fixant
les modalités relatives à
l'obligation pour les opérateurs
économiques en matière de
facturation électronique dans le
cadre des marchés publics et des
contrats de concession'

Op 15 juni 2023 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen, van rechtswege verlengd tot 1 augustus 2023,^(*) 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 en van het koninklijk besluit van 9 maart 2022 tot vaststelling van de modaliteiten aangaande de verplichting voor de ondernemers op het gebied van de elektronische facturering in het kader van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 11 juli 2023. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Wim GEURTS, 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 Inge VOS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 14 juli 2023.

*

Le 15 juin 2023, 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 1^{er} août 2023^(**), sur un projet d'arrêté royal ‘modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et l'arrêté royal du 9 mars 2022 fixant les modalités relatives à l'obligation pour les opérateurs économiques en matière de facturation électronique dans le cadre des marchés publics et des contrats de concession’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 11 juillet 2023. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Wim GEURTS, 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 Inge VOS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 14 juillet 2023.

*

^(*) 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 wordt verlengd 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^{er}, alinéa 1^{er}, 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, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

2. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt vooreerst tot wijziging van de regels inzake de borgtocht in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (artikelen 1 tot 3 van het ontwerp).

Tevens wordt een bestaande regeling inzake de inwerkingtreding van de regels inzake elektronische facturen gewijzigd. Artikel 4 van het ontwerp vervangt daartoe artikel 1, 3°, van het koninklijk besluit van 9 maart 2022 ‘tot vaststelling van de modaliteiten aangaande de verplichting voor de ondernemers op het gebied van de elektronische facturering in het kader van overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten’.

Het aan te nemen besluit treedt in werking op de eerste dag van de tweede maand die volgt op de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad*, voor de opdrachten die vanaf die datum bekendgemaakt worden of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf deze datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte, met uitzondering van artikel 4, dat in werking treedt op 1 maart 2024 (artikel 5).¹

3. Rechtsgrond voor het ontwerp wordt, zo blijkt uit de aanhef, gezocht in artikel 14/1, vierde lid, artikel 86 en artikel 156, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en in artikel 11/1, vierde lid, en artikel 35, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

De artikelen 1 tot 3 van het ontwerp vinden inderdaad rechtsgrond in de machtigingen aan de Koning om de algemene uitvoeringsregels te bepalen die zijn vermeld in artikel 86, eerste lid, en artikel 156, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ en in artikel 35 van de wet van 13 augustus 2011, waaraan wordt gerefereerd in de aanhef van het ontwerp.

Artikel 4 van het ontwerp vindt echter rechtsgrond in artikel 26, derde lid, van de wet van 7 april 2019 ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, 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 en tot wijziging van de wet van 4 mei 2016 inzake het hergebruik

¹ Artikel 5, tweede lid, van het ontwerp verwijst naar “de dag bepaald in artikel 1, 3°, van het koninklijk besluit van 9 maart 2022, zoals gewijzigd door de voormelde bepaling”. Het betreft de datum van 1 maart 2024 waarvan melding wordt gemaakt in artikel 4 van het ontwerp.

van overheidsinformatie', dat de Koning machtigt om voor de artikelen 6, 14 en 20 van die wet de datum van inwerkingtreding te bepalen. Het door het ontwerp gewijzigde artikel 1 van het koninklijk besluit van 9 maart 2022 regelt immers de inwerkingtreding van de voormelde wettelijke bepalingen.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Aanhef

4. De aanhef moet in overeenstemming worden gebracht met hetgeen hoger *sub* 3 is gesteld inzake de rechtsgrond. Er moet worden verwezen naar artikel 86, eerste lid, en artikel 156, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten', artikel 35 van de wet van 13 augustus 2011 en artikel 26, derde lid, van de wet van 7 april 2019.

Daarnaast zal, gelet op hetgeen hierna *sub* 9 wordt opgemerkt, in voorkomend geval in de aanhef bijkomend melding moeten worden gemaakt van artikel 32/1, vierde lid, van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten'.

Artikel 1

5. De gemachtigde deelde mee dat de minimale grens van 50.000 euro vermeld in paragraaf 1 van het ontworpen artikel 25 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ook geldt voor de hypothesen vermeld in de paragrafen 2 en 3. Aangezien het aldus de bedoeling blijkt te zijn dat om een borgtocht² te mogen eisen het overeenkomstig paragraaf 2 berekende bedrag minstens 50.000 euro moet bedragen en dat de totale geraamde waarde van de raamovereenkomst minstens hetzelfde drempelbedrag moet bereiken,³ zou die bedoeling duidelijker tot uiting moeten worden gebracht in de tekst van het ontwerp.

6. Het ontworpen artikel 25 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 maakt, wat betreft het percentage van de borgtocht, een onderscheid tussen de gewone regel van in beginsel 5 % van de waarde van de opdracht (paragraaf 1) en de mogelijkheid voor aanbesteders tot het vaststellen van een globale borgstelling van 3 % van het geraamde bedrag voor raamovereenkomsten met één opdrachtnemer (paragraaf 3, tweede lid).

² Een "borgtocht" wordt gedefinieerd als een financiële garantie gegeven door de opdrachtnemer voor zijn verplichtingen tot de volledige en goede uitvoering van de opdracht (artikel 2, 8°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013).

³ De gemachtigde gaf in dit verband ook nog de volgende verduidelijking: "(...) A toutes fins utiles, pour ce qui concerne l'accord-cadre, c'est le montant total qui doit être pris en compte et non le montant des marchés basés sur l'accord-cadre. Un accord-cadre dont le montant total est de 55 000 euros mais dont les montants des marchés basés sur cet accord-cadre sont inférieurs à 50 000 euros ne serait dès lors pas visé par cette exception."

Gevraagd om in het licht van het gelijkheidsbeginsel te verantwoorden wat de redelijke grond is om voor opdrachtnemers bij raamovereenkomsten met één opdrachtnemer in de mogelijkheid voor de aanbesteder te voorzien om een lager percentage vast te stellen, antwoordde de gemachtigde:

“La situation de l’opérateur économique partie à l’accord-cadre n’est pas comparable à celle de l’adjudicataire d’un marché public.

Un tel opérateur économique n’a en effet en principe aucune certitude sur ce qui sera réellement commandé dans le cadre de l’accord-cadre (sauf à prévoir des quantités minimales dans les documents du marché). Il ne sait dès lors pas ce que l’accord-cadre lui rapportera au final. Un cautionnement pourrait, si un pourcentage de 5 % était choisi, conduire à un prélèvement trop élevé par rapport à ce qui sera réellement commandé.

Pour un marché public, même si certains d’entre eux peuvent être d’une valeur considérable, l’adjudicataire aura toujours la certitude que le prix mentionné dans son offre.”

Vanuit het oogpunt van de coherentie van de regelgeving wordt niettemin ter overweging gegeven om, net zoals het geval is voor de borgstelling van 5 procent voor overheidsopdrachten (paragraaf 1), ook in paragraaf 3, tweede lid, aanbesteders de mogelijkheid te bieden om voor raamovereenkomsten een lager percentage dan 3 procent vast te stellen.⁴

Artikel 3

7. Het ontworpen artikel 33/1 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 verplicht aanbesteders tot het invullen van “de velden in verband met borgtocht van het afzonderlijk elektronisch formulier dat daartoe opgemaakt wordt door de federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning”.

Gevraagd om te verduidelijken of er bepaalde wettelijke of reglementaire regels gelden inzake de inhoud van het door de administratie bepaalde formulier, stelde de gemachtigde:

“Des contacts ont été pris entre les différentes administrations concernées pour déterminer les données qui seront demandées dans le formulaire.

Les données demandées seront très limitées, à savoir : y a-t-il un cautionnement? Et, en cas de réponse positive, quel est son montant?

A toutes fins utiles, dans les annexes de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, il est également fait référence de manière générale à ‘toute information pertinente’ (voir par exemple le point 30 de l’annexe 4 dudit arrêté mentionnant les données qui doivent figurer dans un avis de marché).

Dans le même ordre d’idée, des données pertinentes seront demandées dans le cadre du cautionnement.”

⁴ Zie in dit verband ook de verwijzing in het verslag aan de Koning naar een mogelijk “disproportioneel hoge borgtocht” in geval er onduidelijkheid zou zijn of er effectief wel besteld zal worden.

De toekenning van regelgevende bevoegdheid aan een administratie die geen politieke verantwoordelijkheid draagt ten opzichte van een democratisch verkozen vergadering is in principe ontoelaatbaar, omdat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van de eenheid van verordenende macht en aan het beginsel van de politieke verantwoordelijkheid van de ministers. Enkel wanneer het gaat om maatregelen die een beperkte en technische draagwijdte hebben, kan een dergelijke delegatie worden aanvaard.⁵

Het formulier zal dan ook geen nieuwe elementen mogen bevatten, en enkel een weerspiegeling mogen zijn van de elementen die al bij besluit zijn vastgesteld.

Indien het de bedoeling is van de stellers van het ontwerp dat er ook nieuwe elementen in het betrokken formulier aan bod kunnen komen, verdient het aanbeveling om op meer precieze wijze de materiële elementen die relevant zijn voor het formulier op te nemen in de ontworpen bepaling.

8. In het ontworpen artikel 33/1 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 moet na de verwijzingen naar “de artikelen 62, eerste lid, en 143, § 1, eerste lid,” en “de artikelen 62, tweede lid, en 143, § 1, tweede lid,” telkens worden verduidelijkt dat het gaat om artikelen vermeld in de “wet”.⁶

Artikel 4

9. In het ontworpen artikel 1, 3°, van het koninklijk besluit van 9 maart 2022 wordt in vergelijking met de huidige tekst van die bepaling niet meer verwezen naar concessieovereenkomsten.

Om verdere toelichting verzocht, stelde de gemachtigde:

“Il a été décidé de ne plus viser les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure à 30 000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Il y a en effet peu d'intérêt à viser de tels contrats de concession.

D'une part, les concessions dont la valeur est inférieure à 30 000 euros ne sont qu'exceptionnelles, voire inexistantes en pratique.

D'autre part, le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et de l'AR du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession n'inclut pas les concessions inférieures à 30 000 euros. Aucune règle n'est prévue pour de si petites concessions. Il semble dès lors incohérent de prévoir des règles uniquement pour la facturation électronique.”

⁵ Een dergelijke delegatie van regelgevende bevoegdheid moet ook onderscheiden worden van een regeling waarbij aanbestedende overheden de vrijheid krijgen om, voor een specifieke opdracht, door hen gekozen relevante informatie toe te voegen in de inlichtingen bij de opdracht zoals bijvoorbeeld het geval is in punt 30 van bijlage 4 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’, waar de gemachtigde naar verwijst.

⁶ Artikel 2, 1°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 definieert het begrip “wet” als de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Met de verantwoording van de gemachtigde kan worden ingestemd, onder meer rekening houdend met hetgeen bepaald is in artikel 3, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ *juncto* artikel 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’.

In dit verband moet wel rekening worden gehouden met de machtiging die is opgenomen in artikel 32/1, vierde lid, van wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’, *i.e.* een van de bepalingen waarvan de door artikel 4 van het ontwerp te vervangen bepaling de inwerkingtreding regelt. Het voormelde artikel 32/1, vierde lid, luidt:⁷

“Dit artikel is niet van toepassing op concessies waarvan het geraamde bedrag lager is dan of gelijk is aan het bedrag bepaald door de Koning.”

Artikel 3 van het koninklijk besluit van 9 maart 2022 luidt voorts:

“Het bedrag bedoeld in artikel 32/1, vierde lid, van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, ingevoegd bij de wet van 7 april 2019, bedraagt 3 000 euro, exclusief belasting over de toegevoegde waarde.”

In het licht van de bedoeling van de stellers van het ontwerp zoals toegelicht door de gemachtigde volstaat het niet om de bepaling inzake de inwerkingtreding te wijzigen, doch dient ook de materiële regeling zelf te worden aangepast. Hiertoe zou, ter uitvoering van artikel 32/1, vierde lid, van wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’, nog een nieuwe bepaling in het ontwerp moeten worden ingevoegd die het bedrag van 3.000 euro, vermeld in het voornoemde artikel 3 van het koninklijk besluit van 9 maart 2022, wijzigt naar 30.000 euro. Aangezien artikel 3 van het koninklijk besluit van 9 maart 2022 nog niet in werking is getreden (zie artikel 5 van het koninklijk besluit van 9 maart 2022), zal voor de nieuwe bepaling ook in een aangepaste regeling inzake de inwerkingtreding moeten worden voorzien.

Artikelen 4 en 5

10. Artikel 4 van het ontwerp stelt een latere datum van inwerkingtreding vast dan de datum die momenteel is vastgesteld in artikel 1, 3°, van het koninklijk besluit van 9 maart 2022.

Artikel 1, 3°, van het voormeld koninklijk besluit voorziet in een gedeeltelijke inwerkingtreding van de artikelen 6, 14 en 20 van de wet van 7 april 2019 op de eerste dag van de maand die volgt op het verstrijken van een termijn van achttien maanden die ingaat op de dag na de bekendmaking van dat besluit (*i.e.* 1 november 2023).⁸ Die datum van inwerkingtreding wordt door artikel 4 van het ontwerp met vier maanden uitgesteld tot 1 maart 2024. Artikel 4 van het ontwerp treedt echter pas op 1 maart 2024 in werking (artikel 5, tweede lid, van het ontwerp verwijst immers naar “de dag bepaald in artikel 1, 3°, van het koninklijk besluit van 9 maart 2022, zoals gewijzigd door de voormelde bepaling”).

⁷ Artikel 26, derde lid, van de wet van 7 april 2019 machtigt de Koning onder meer om voor artikel 14 van die wet de datum van inwerkingtreding te bepalen.

⁸ Het koninklijk besluit van 9 maart 2022 is op 31 maart 2022 bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.

Om te vermijden dat de gedeeltelijke inwerkingtreding van de artikelen 6, 14 en 20 van de wet van 7 april 2019 alsnog uitwerking zou hebben op 1 november 2023 (en het door artikel 4 van het ontwerp beoogde uitstel dus niet zou worden gerealiseerd), zal in artikel 5, tweede lid, van het ontwerp de datum van inwerkingtreding van artikel 4 van het ontwerp moeten worden vastgesteld op een datum die voorafgaat aan de datum van 1 november 2023.

Slotopmerking

11. Het ontwerp, en in het bijzonder de Nederlandse tekst ervan, moet nog worden onderworpen aan een taalkundig nazicht en grondig worden nagelezen op het vlak van eenvormig gebruik van begrippen en overeenstemming tussen de taalversies.

Zo moet in de Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 25, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 (zoals ingevoegd door artikel 1 van het ontwerp) niet worden verwezen naar “de tweede paragraaf”, maar – zoals in de Franse tekst – naar de eerste paragraaf.

*

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.

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

2. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a tout d'abord pour objet de modifier les règles en matière de cautionnement dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics' (articles 1^{er} à 3 du projet).

Il modifie en outre un régime existant concernant l'entrée en vigueur des règles relatives aux factures électroniques. L'article 4 du projet remplace à cet effet l'article 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 9 mars 2022 'fixant les modalités relatives à l'obligation pour les opérateurs économiques en matière de facturation électronique dans le cadre des marchés publics et des contrats de concession'.

L'arrêté envisagé entre en vigueur le premier jour du deuxième mois qui suit sa publication au *Moniteur belge* pour les marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date, ainsi que pour les marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date, à l'exception de l'article 4, qui entre en vigueur le 1^{er} mars 2024 (article 5) ¹.

3. Il ressort du préambule que le fondement juridique du projet est recherché dans l'article 14/1, alinéa 4, l'article 86 et l'article 156, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', ainsi que dans l'article 11/1, alinéa 4, et dans l'article 35, alinéa 1^{er}, 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'.

Les articles 1^{er} à 3 du projet trouvent effectivement un fondement juridique dans les habilitations au Roi lui permettant de fixer les règles générales d'exécution mentionnées à l'article 86, alinéa 1^{er}, et à l'article 156, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et à l'article 35 de la loi du 13 août 2011, visés dans le préambule du projet.

L'article 4 du projet trouve toutefois son fondement juridique dans l'article 26, alinéa 3, de la loi du 7 avril 2019 'modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, 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 et modifiant la loi du 4 mai 2016 relative à la réutilisation des informations du secteur public', qui habilite le Roi à fixer la date d'entrée en vigueur des articles 6, 14 et 20 de cette loi. En effet, l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 9 mars 2022, modifié par le projet, règle l'entrée en vigueur des dispositions législatives précitées.

¹ L'article 5, alinéa 2, du projet vise « le jour indiqué à l'article 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 9 mars 2022, tel que modifié par la disposition susmentionnée ». Il s'agit de la date du 1^{er} mars 2024, mentionnée à l'article 4 du projet.

EXAMEN DU TEXTE

Préambule

4. Le préambule doit être mis en conformité avec les observations formulées au point 3 concernant le fondement juridique. Il faut viser l'article 86, alinéa 1^{er}, et l'article 156, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', l'article 35 de la loi du 13 août 2011 et l'article 26, alinéa 3, de la loi du 7 avril 2019.

En outre, eu égard à l'observation formulée ci-après au point 9, il faudra, le cas échéant, mentionner également l'article 32/1, alinéa 4, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' dans le préambule.

Article 1^{er}

5. Le délégué a signalé que la limite minimale de 50.000 euros mentionnée au paragraphe 1^{er} de l'article 25, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est également applicable aux hypothèses mentionnées aux paragraphes 2 et 3. Dès lors qu'ainsi il faut manifestement que, pour pouvoir exiger un cautionnement ², le montant calculé conformément au paragraphe 2 s'élève à 50.000 euros au moins et que la valeur estimée totale de l'accord-cadre atteigne au moins le même seuil ³, cette intention devrait être exprimée plus clairement dans le texte du projet.

6. L'article 25, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 fait la distinction, en ce qui concerne le pourcentage du cautionnement, entre la règle usuelle fixée en principe à 5 % de la valeur du marché (paragraphe 1^{er}) et la possibilité pour les adjudicateurs de fixer un cautionnement global à 3 % du montant estimé pour les accords-cadres conclus avec un seul adjudicataire (paragraphe 3, alinéa 2).

Invité à justifier, au regard du principe d'égalité, le motif raisonnable permettant à l'adjudicateur de fixer un pourcentage inférieur pour les adjudicataires en cas d'accords-cadres conclus avec un seul adjudicataire, le délégué a répondu en ces termes :

« La situation de l'opérateur économique partie à l'accord-cadre n'est pas comparable à celle de l'adjudicataire d'un marché public.

Un tel opérateur économique n'a en effet en principe aucune certitude sur ce qui sera réellement commandé dans le cadre de l'accord-cadre (sauf à prévoir des quantités minimales dans les documents du marché). Il ne sait dès lors pas ce que l'accord-cadre lui rapportera au final. Un cautionnement pourrait, si un pourcentage de 5 % était choisi, conduire à un prélèvement trop élevé par rapport à ce qui sera réellement commandé.

² Un « cautionnement » est défini comme étant une garantie financière donnée par l'adjudicataire de ses obligations jusqu'à complète et bonne exécution du marché (article 2, 8°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013).

³ À ce propos, le délégué a encore précisé ce qui suit : « (...) A toutes fins utiles, pour ce qui concerne l'accord-cadre, c'est le montant total qui doit être pris en compte et non le montant des marchés basés sur l'accord-cadre. Un accord-cadre dont le montant total est de 55 000 euros mais dont les montants des marchés basés sur cet accord-cadre sont inférieurs à 50 000 euros ne serait dès lors pas visé par cette exception ».

Pour un marché public, même si certains d'entre eux peuvent être d'une valeur considérable, l'adjudicataire aura toujours la certitude que le prix mentionné dans son offre ».

Dans un souci de cohérence de la réglementation, il est néanmoins suggéré, à l'instar du cautionnement de 5 pour cent pour les marchés publics (paragraphe 1^{er}), que le paragraphe 3, alinéa 2, offre également la possibilité aux adjudicateurs de fixer un pourcentage inférieur à 3 pour cent pour les accords-cadres ⁴.

Article 3

7. L'article 33/1, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 impose aux adjudicateurs de compléter « les champs relatifs au cautionnement du formulaire électronique séparé préparé à cet effet par le Service public fédéral Stratégie et Appui ».

Invité à préciser si certaines dispositions légales ou réglementaires sont applicables en ce qui concerne le contenu du formulaire établi par l'administration, le délégué a déclaré :

« Des contacts ont été pris entre les différentes administrations concernées pour déterminer les données qui seront demandées dans le formulaire.

Les données demandées seront très limitées, à savoir : y a-t-il un cautionnement? Et, en cas de réponse positive, quel est son montant?

A toutes fins utiles, dans les annexes de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, il est également fait référence de manière générale à 'toute information pertinente' (voir par exemple le point 30 de l'annexe 4 dudit arrêté mentionnant les données qui doivent figurer dans un avis de marché).

Dans le même ordre d'idée, des données pertinentes seront demandées dans le cadre du cautionnement ».

L'attribution d'un pouvoir réglementaire à une administration qui n'assume aucune responsabilité politique à l'égard d'une assemblée élue démocratiquement n'est en principe pas admissible car il est ainsi porté préjudice au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et au principe de la responsabilité politique des ministres. Une telle délégation ne peut être acceptée que lorsqu'il s'agit de mesures ayant une portée limitée et technique ⁵.

Dès lors, le formulaire de demande ne pourra pas comporter de nouveaux éléments, et devra se limiter à refléter ceux qui sont déjà fixés par arrêté.

⁴ Voir également à cet égard la référence que fait le rapport au Roi à un éventuel « cautionnement disproportionné » s'il existe une incertitude quant à la question de savoir s'il sera effectivement passé commande.

⁵ Une telle délégation de compétence réglementaire doit également être distinguée d'un dispositif accordant la liberté aux pouvoirs adjudicateurs d'ajouter, pour un marché spécifique, des informations pertinentes qu'ils ont choisies aux informations concernant le marché, comme tel est le cas par exemple au point 30 de l'annexe 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', auquel le délégué fait référence.

Si l'intention des auteurs du projet est de pouvoir également inscrire de nouveaux éléments dans le formulaire concerné, il est recommandé d'indiquer plus précisément les éléments matériels pertinents pour le formulaire dans la disposition en projet.

8. À l'article 33/1, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, on précisera chaque fois après les références aux « articles 62, alinéa 1^{er}, et 143, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, » et aux « articles 62, alinéa 2, et 143, § 1^{er}, alinéa 2[,] » qu'il s'agit d'articles mentionnés dans la « loi »⁶.

Article 4

9. Par rapport à son texte actuel, l'article 1^{er}, 3°, en projet, de l'arrêté royal du 9 mars 2022 ne vise plus les concessions.

Invité à apporter des éclaircissements, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Il a été décidé de ne plus viser les contrats de concession dont la valeur estimée est inférieure à 30 000 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Il y a en effet peu d'intérêt à viser de tels contrats de concession.

D'une part, les concessions dont la valeur est inférieure à 30 000 euros ne sont qu'exceptionnelles, voire inexistantes en pratique.

D'autre part, le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et de l'AR du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession n'inclut pas les concessions inférieures à 30 000 euros. Aucune règle n'est prévue pour de si petites concessions. Il semble dès lors incohérent de prévoir des règles uniquement pour la facturation électronique ».

On peut se rallier à la justification donnée par le délégué, compte tenu notamment de ce que dispose l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', combiné avec l'article 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession'.

Il faut toutefois tenir compte à cet égard de l'habilitation prévue à l'article 32/1, alinéa 4, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', à savoir une des dispositions dont l'entrée en vigueur est régie par la disposition qui sera remplacée par l'article 4 du projet. L'article 32/1, alinéa 4, précité, dispose :⁷

« Le présent article ne s'applique pas aux concessions dont le montant estimé est inférieur ou égal au montant fixé par le Roi ».

⁶ L'article 2, 1°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 définit la notion de « loi » comme étant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

⁷ L'article 26, alinéa 3, de la loi du 7 avril 2019 habilite le Roi à fixer notamment la date d'entrée en vigueur de l'article 14 de cette loi.

L'article 3 de l'arrêté royal du 9 mars 2022 dispose en outre :

« Le montant visé à l'article 32/1, alinéa 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, inséré par la loi du 7 avril 2019, est fixé à 3000 euros, hors taxe sur la valeur ajoutée ».

Eu égard à l'intention des auteurs du projet, telle qu'elle est commentée par le délégué, il ne suffit pas de modifier la disposition fixant l'entrée en vigueur, mais il faut également adapter la réglementation matérielle proprement dite. Pour ce faire, en exécution de l'article 32/1, alinéa 4, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', il faudrait encore insérer dans le projet une nouvelle disposition portant à 30.000 euros le montant de 3.000 euros mentionné à l'article 3 précité de l'arrêté royal du 9 mars 2022. L'article 3 de l'arrêté royal du 9 mars 2022 n'étant pas encore entré en vigueur (voir l'article 5 de l'arrêté royal du 9 mars 2022), il faudra également adapter les règles d'entrée en vigueur de la nouvelle disposition.

Articles 4 et 5

10. L'article 4 du projet fixe une date d'entrée en vigueur postérieure à la date actuellement fixée à l'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 9 mars 2022.

L'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal précité fixe l'entrée en vigueur partielle des articles 6, 14 et 20 de la loi du 7 avril 2019 au premier jour du mois qui suit l'expiration d'un délai de dix-huit mois prenant cours le jour suivant la publication de cet arrêté (à savoir le 1^{er} novembre 2023)⁸. L'article 4 du projet reporte cette date d'entrée en vigueur de quatre mois jusqu'au 1^{er} mars 2024. Or, l'article 4 du projet n'entrera en vigueur que le 1^{er} mars 2024 (l'article 5, alinéa 2, du projet vise en effet « le jour indiqué à l'article 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 9 mars 2022, tel que modifié par la disposition susmentionnée »).

Afin d'éviter que l'entrée en vigueur partielle des articles 6, 14 et 20 de la loi du 7 avril 2019 produise néanmoins ses effets le 1^{er} novembre 2023 (et qu'ainsi le report visé par l'article 4 du projet ne soit pas concrétisé), l'article 5, alinéa 2, du projet devra fixer la date d'entrée en vigueur de l'article 4 du projet à une date antérieure à la date du 1^{er} novembre 2023.

Observation finale

11. Le projet, et particulièrement sa version néerlandaise, devra encore faire l'objet d'un contrôle du point de vue de la correction de la langue et être soumis à un examen approfondi sur le plan de l'utilisation uniforme des notions employées et de la concordance entre les versions linguistiques.

⁸ L'arrêté royal du 9 mars 2022 a été publié au *Moniteur belge* le 31 mars 2022.

Ainsi, le texte néerlandais de l'article 25, § 2, en projet, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 (inséré par l'article 1^{er} du projet) ne doit pas viser « de tweede paragraaf », mais – à l'instar du texte français – « de eerste paragraaf ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Wim GEURTS

Marnix VAN DAMME