

CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS  
DE BELGIQUE

2 septembre 2020

**PROPOSITION DE LOI**

**limitant l'application de l'article 38/9 de  
l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant  
les règles générales d'exécution  
des marchés publics dans le cadre de  
la crise du COVID-19**

**AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT  
N° 67.782/1/V DU 25 AOÛT 2020**

---

*Voir:*

Doc 55 **1428/ (2019/2020):**

001: Proposition de loi de Mme Reuter et consorts.

BELGISCHE KAMER VAN  
VOLKSVERTEGENWOORDIGERS

2 september 2020

**WETSVOORSTEL**

**tot beperking van de toepassing van  
artikel 38/9 van het koninklijk besluit van  
14 januari 2013 tot bepaling van de algemene  
uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten  
in het kader van de COVID-19-crisis**

**ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE  
NR. 67.782/1/V VAN 25 AUGUSTUS 2020**

---

*Zie:*

Doc 55 **1428/ (2019/2020):**

001: Wetsvoorstel van mevrouw Reuter c.s.

03052

N-VA	: Nieuw-Vlaamse Alliantie
Ecolo-Groen	: Ecologistes Confédérés pour l'organisation de luttes originales – Groen
PS	: Parti Socialiste
VB	: Vlaams Belang
MR	: Mouvement Réformateur
CD&V	: Christen-Democratisch en Vlaams
PVDA-PTB	: Partij van de Arbeid van België – Parti du Travail de Belgique
Open Vld	: Open Vlaamse liberalen en democraten
sp.a	: socialistische partij anders
cdH	: centre démocrate Humaniste
DéFI	: Démocrate Fédéraliste Indépendant
INDEP-ONAFH	: Indépendant - Onafhankelijk

Abréviations dans la numérotation des publications:		Afkorting bij de numering van de publicaties:	
DOC 55 0000/000	Document de la 55 <sup>e</sup> législature, suivi du numéro de base et numéro de suivi	DOC 55 0000/000	Parlementair document van de 55 <sup>e</sup> zittingsperiode + basisnummer en volgnummer
QRVA	Questions et Réponses écrites	QRVA	Schriftelijke Vragen en Antwoorden
CRIV	Version provisoire du Compte Rendu Intégral	CRIV	Voorlopige versie van het Integraal Verslag
CRABV	Compte Rendu Analytique	CRABV	Beknopt Verslag
CRIV	Compte Rendu Intégral, avec, à gauche, le compte rendu intégral et, à droite, le compte rendu analytique traduit des interventions (avec les annexes)	CRIV	Integraal Verslag, met links het definitieve integraal verslag en rechts het vertaald beknopt verslag van de toezpraken (met de bijlagen)
PLEN	Séance plénière	PLEN	Plenum
COM	Réunion de commission	COM	Commissievergadering
MOT	Motions déposées en conclusion d'interpellations (papier beige)	MOT	Moties tot besluit van interpellaties (beigegekleurig papier)

Le 13 juillet 2020, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Président de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé de plein droit, jusqu'au 27 août 2020<sup>(1)</sup>, sur une proposition de loi 'limitant l'application de l'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics dans le cadre de la crise du COVID-19 (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 55-1428/001)'.

La proposition a été examinée par la première chambre des vacations le 18 août 2020. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Carlo ADAMS et Kaat LEUS, conseillers d'État, Michel TISON, assesseur, et Astrid TRUYENS, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Marnix VAN DAMME, président de chambre.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 août 2020.

\*

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>2</sup> et l'accomplissement des formalités prescrites.

\*

#### CONTEXTE ET PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI

2. L'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 'établissant les règles générales d'exécution des marchés publics' donne exécution à l'article 11 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', qui habilite le Roi à définir un mécanisme de révision pour les cas de bouleversement de l'équilibre contractuel, au cas où cette révision résulte de circonstances imprévisibles. L'article 11 de la loi du 17 juin 2016 confère ainsi un fondement légal à la théorie de l'imprévision dans le cadre des marchés publics<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> (1) Ce délai résulte de l'article 84, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, *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.

<sup>2</sup> S'agissant d'une proposition de loi, on entend par "fondement juridique" la conformité avec les normes supérieures.

<sup>3</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2015-16, 1541/1, pp. 32-33.

Op 13 juli 2020 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de voorzitter van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen van rechtswege, verlengd tot 27 augustus 2020<sup>(1)</sup>, een advies te verstrekken over een wetsvoorstel 'tot beperking van de toepassing van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten in het kader van de COVID-19-crisis (*Parl. St. Kamer*, 2019-20, nr. 55-1428/001)'.

Het voorstel is door de eerste vakantiekamer onderzocht op 18 augustus 2020. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Carlo ADAMS en Kaat LEUS, staatsraden, Michel TISON, assessor, en Astrid TRUYENS, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 augustus 2020.

\*

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>2</sup>, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

\*

#### CONTEXT EN STREKKING VAN HET WETSVORSTEL

2. Artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 'tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten' geeft uitvoering aan artikel 11 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten', dat de Koning machtigt om een herzieningsmechanisme uit te werken in geval van ontwrichting van het contractueel evenwicht indien deze herziening het gevolg is van onvoorziebare omstandigheden. Artikel 11 van de wet van 17 juni 2016 geeft aldus een wettelijke grondslag aan de imprevisieleer wat de overheidsopdrachten betreft.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> (1) Deze verlenging vloeit voort uit artikel 84, § 1, eerste lid, 2<sup>o</sup>, *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.

<sup>2</sup> Aangezien het om een voorstel van wet gaat, wordt onder "rechtsgrond" de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

<sup>3</sup> *Parl. St.* Kamer 2015-16, 1541/1, blz. 32-33.

L'article 38/9, précité, prévoit une possibilité de révision du marché (prolongation du délai d'exécution, indemnisation ou résiliation du marché) lorsque l'équilibre contractuel du marché a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire<sup>4</sup>. La révision est possible soit lorsque les documents du marché prévoient une clause de réexamen fixant dans ce cas les modalités de la révision du marché lorsque l'équilibre contractuel a été bouleversé au détriment de l'adjudicataire "par des circonstances quelconques auxquelles l'adjudicateur est resté étranger", soit – à défaut de clause de réexamen – selon les règles élaborées à l'article 38/9, §§ 1<sup>er</sup> et 2, qui sont réputées applicables de plein droit.

À cet effet, l'adjudicataire doit démontrer que la révision est devenue nécessaire à la suite de circonstances qu'il ne pouvait raisonnablement pas prévoir lors du dépôt de son offre, qu'il ne pouvait éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait obvier, bien qu'il ait fait toutes les diligences nécessaires à cet effet. Dans ce cas, soit une prolongation des délais du marché est possible, soit, "lorsqu'il s'agit d'un préjudice très important", une autre forme de révision ou la résiliation du marché (voir l'article 38/9, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013).

En ce qui concerne l'obtention d'une indemnisation, il faut par conséquent démontrer en outre l'existence d'"un préjudice très important". À cet effet, l'adjudicataire doit prouver "sur la base des éléments propres au marché en question" qu'il s'agit d'un préjudice qui varie entre (au moins) 2,5 pour cent du montant initial du marché (pour les marchés de travaux et certains marchés de services, moyennant des conditions spécifiques) et (au moins) 15 pour cent du montant initial du marché (pour des marchés de fournitures et certains marchés de services) (voir l'article 38/9, § 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013).

S'il est satisfait aux deux conditions précitées, un adjudicataire peut en principe au moins prétendre à une indemnisation qui rétablit l'équilibre économique du contrat.

3.1. En substance, la proposition de loi soumise pour avis a pour objet de limiter l'application de l'article 38/9 précité de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et, partant, les possibilités qu'il offre (temporairement, certes pour une durée indéterminée) en ce qui concerne les circonstances imprévisibles qui découlent de la crise du COVID-19.

3.2. L'article 2 de la proposition de loi soumise pour avis dispose que la loi à adopter s'applique aux marchés publics visés aux titres 2 et 3 de la loi du 17 juin 2016 ainsi qu'à ceux visés aux titres 2 et 3 de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de

<sup>4</sup> Rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 22 juin 2017 'modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

Het genoemde artikel 38/9 voorziet in een mogelijkheid tot herziening van de opdracht (verlenging van de uitvoerings-termijn, schadevergoeding of verbreking van de opdracht) wanneer het contractueel evenwicht van de opdracht wordt ontwricht in het nadeel van de opdrachtnemer.<sup>4</sup> De herziening is mogelijk hetzij wanneer in de opdrachtdocumenten in een herzieningsclausule is voorzien waarin alsdan de modaliteiten voor de herziening worden bepaald wanneer het contractueel evenwicht wordt ontwricht in het nadeel van de opdrachtnemer "om welke omstandigheden ook die vreemd zijn aan de aanbesteder", hetzij – bij gebrek aan herzieningsclausule – volgens de regeling die is uitgewerkt in artikel 38/9, §§ 1 en 2, die wordt geacht van rechtswege van toepassing te zijn.

De opdrachtnemer moet daartoe aantonen dat de herziening noodzakelijk is geworden door omstandigheden die redelijkerwijze niet voorzienbaar waren bij de indiening van zijn offerte, die niet konden worden ontweken en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen niettegenstaande hij al het nodige daartoe heeft gedaan. In dat geval is hetzij een termijnverlenging van de opdracht mogelijk, hetzij, "wanneer sprake is van een zeer belangrijk nadeel", een andere vorm van herziening of de verbreking van de opdracht (*cf.* artikel 38/9, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013).

Voor wat het bekomen van een schadevergoeding betreft, dient derhalve bijkomend een "zeer belangrijk nadeel" te worden aangetoond. De opdrachtnemer dient daartoe "op basis van de elementen die eigen zijn aan de opdracht in kwestie" te bewijzen dat er sprake is van een nadeel dat varieert tussen (ten minste) 2,5 procent van het initiële opdrachtbedrag (voor werken en bepaalde diensten, onder specifieke voorwaarden) en (ten minste) 15 procent van het initiële opdrachtbedrag (voor leveringen en bepaalde diensten) (*cf.* artikel 38/9, § 3, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013).

Indien aan de twee voormelde voorwaarden is voldaan, kan een opdrachtnemer in beginsel minstens aanspraak maken op een schadevergoeding die het economisch evenwicht van de overeenkomst herstelt.

3.1. Het om advies voorgelegde voorstel van wet strekt er in wezen toe de toepassing van het genoemde artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, en derhalve de mogelijkheden die het biedt (tijdelijk, zij het voor onbepaalde tijd,) te beperken voor wat de onvoorziene omstandigheden betreft die voortvloeien uit de COVID-19-crisis.

3.2. Artikel 2 van het om advies voorgelegde wetsvoorstel bepaalt dat de te nemen wet van toepassing is op overheidsopdrachten als bedoeld in de titels 2 en 3 van de wet van 17 juni 2016 en op deze als bedoeld in de titels 2 en 3 van de wet van 13 augustus 2011 'inzake overheidsopdrachten en

<sup>4</sup> Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 juni 2017 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'.

fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

3.3. L'article 3 de la proposition de loi prévoit pour "les circonstances imprévisibles découlant de la crise du COVID-19, en particulier les mesures prises dans ce cadre sur la base de l'arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 et les arrêtés ministériels qui ont complété ou remplacé l'arrêté ministériel du 18 mars 2020", un régime de suspension, de prolongation et de résiliation des marchés publics concernés. Pour lesdites circonstances imprévisibles, l'adjudicataire, "sur la base de l'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013", aura (encore) "uniquement" droit aux (trois) formes suivantes de révision du marché. Il s'agit (1) d'une suspension du délai d'exécution ou, quand le marché n'a pas été suspendu, d'une prolongation du délai d'exécution (article 3, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, de la proposition de loi); (2) de la résiliation du marché, sans droit à une indemnisation (article 3, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, de la proposition de loi) et, enfin, (3) d'une indemnité unique et forfaitaire pour les frais spécifiquement exposés par l'adjudicataire dans le cadre du marché en vue du respect de toutes les mesures hygiéniques et sanitaires visant à protéger le personnel de l'adjudicataire et de l'adjudicateur ainsi que des tiers éventuels (article 3, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>). Pour l'application du paragraphe 1<sup>er</sup>, en projet, les conditions des articles 38/9, § 3, et 38/16 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ne sont pas d'application (article 3, § 2, de la proposition de loi).

3.4. En outre, l'article 4 de la proposition de loi impose aux adjudicataires et aux adjudicateurs l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables afin de limiter, autant que faire se peut, les dommages résultant des circonstances imprévisibles précitées.

3.5. L'article 5 de la proposition de loi dispose que la loi à adopter produit ses effets le 18 mars 2020 et s'applique aux marchés en cours d'exécution conclus avant le 18 mars 2020 ainsi qu'aux marchés pour lesquels des offres ont été introduites avant le 18 mars 2020 (article 5, alinéa 1<sup>er</sup>). Le régime d'indemnisation forfaitaire prévu à l'article 3 est cependant assorti d'un clause de maintien à l'égard des marchés pour lesquels – au moment de la publication de la loi à adopter – en application de l'article 38/9, précité, un arrangement définitif aura déjà été pris au sujet de l'indemnisation des conséquences des circonstances imprévisibles concernées (article 5, alinéa 2).

3.6. Enfin, l'article 6 de la proposition de loi vise à habiliter le Roi à fixer la date à laquelle la loi à adopter cesse d'être en vigueur.

#### OBSERVATIONS GÉNÉRALES

4. Invité à apporter des précisions concernant l'objectif d'instaurer, avec effet rétroactif, un régime de suspension, de prolongation et de résiliation des marchés publics (c'est-à-dire

bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied'.

3.3. Artikel 3 van het wetsvoorstel voorziet voor de "onvoorziene omstandigheden die voortvloeien uit de COVID-19-crisis, inzonderheid de maatregelen die in dat kader zijn genomen op grond van het ministerieel besluit van 18 maart 2020 houdende dringende maatregelen om de verspreiding van het coronavirus COVID-19 te beperken en de ministeriële besluiten die het ministerieel besluit van 18 maart 2020 hebben aangevuld of vervangen", in een regeling inzake de schorsing, verlenging en verbreking van de betrokken overheidsopdrachten. De opdrachtnemer zal voor de desbetreffende onvoorziene omstandigheden "op grond van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013" (nog) "uitsluitend" recht hebben op de volgende (drie) vormen van herziening van de opdracht. Het betreft (1.) een schorsing van de uitvoeringstermijn of, wanneer de opdracht niet is geschorst, een verlenging van de uitvoeringstermijn (artikel 3, § 1, 1<sup>o</sup> van het wetsvoorstel); (2.) de verbreking van de opdracht, zonder recht op schadevergoeding (artikel 3, § 1, 3<sup>o</sup>, van het wetsvoorstel) en, tot slot, (3.) een eenmalige en forfaitaire vergoeding voor de kosten door de opdrachtnemer in het kader van de opdracht specifiek gemaakt met het oog op de naleving van alle hygiënische en sanitaire maatregelen ter bescherming van het personeel van de opdrachtnemer, de aanbesteder alsook eventuele derden (artikel 3, § 1, 2<sup>o</sup>). Voor de toepassing van de ontworpen paragraaf 1 zijn de voorwaarden van artikel 38/9, § 3, en artikel 38/16 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 niet van toepassing (artikel 3, § 2 van het wetsvoorstel).

3.4. Tevens wordt met artikel 4 van het wetsvoorstel een verplichting opgelegd aan opdrachtnemers en aanbesteders om alle redelijke maatregelen te nemen om de schade die voortvloeit uit de voormelde onvoorziene omstandigheden zoveel mogelijk te beperken.

3.5. Artikel 5 van het wetsvoorstel bepaalt dat de te nemen wet uitwerking heeft met ingang van 18 maart 2020 en van toepassing is op de in uitvoering zijnde opdrachten gesloten vóór 18 maart 2020 alsook op de opdrachten waarvoor offertes zijn ingediend vóór 18 maart 2020 (artikel 5, eerste lid). De door artikel 3 voorziene forfaitaire schadevergoedingsregeling heeft wel een eerbiedigende werking ten aanzien van opdrachten waarvan – op het ogenblik van de bekendmaking van de te nemen wet – met toepassing van het meergenoemde artikel 38/9 reeds een definitieve regeling zal zijn getroffen over de vergoeding van de gevolgen van de desbetreffende onvoorziene omstandigheden (artikel 5, tweede lid).

3.6. Tot slot strekt artikel 6 van het wetsvoorstel ertoe de Koning te machtigen om de datum te bepalen waarop de te nemen wet buiten werking treedt.

#### ALGEMENE OPMERKINGEN

4. Gevraagd om verduidelijking bij het doel om, met terugwerkende kracht, een regeling in te voeren inzake de schorsing, verlenging en verbreking van overheidsopdrachten

des possibilités qui – sauf la suspension<sup>5</sup> – existent d’ores et déjà sur le fondement de l’article 38/9 actuel et dont on peut supposer que, depuis mars 2020, il en a déjà été fait application dans le cadre de la pandémie de COVID-19), le délégué a déclaré:

*“Het opzet was om een globale regeling uit te werken voor de onvoorzienbare omstandigheden die voortvloeien uit de COVID-19-crisis en daarbij alle herzieningsmogelijkheden te omvatten waarin is voorzien in artikel 38/9 AUR.*

*Het wetsvoorstel zou echter zo herwerkt kunnen worden dat het enkel strekt tot de -forfaitaire- vergoedingsregeling, en dat de aspecten inzake de schorsing, verlenging en verbreking van de opdracht buiten de voorliggende regeling worden gehouden en zodoende onder de gewone werking van artikel 38/9 AUR blijven vallen”.*

Compte tenu de cette explication du délégué, la proposition peut essentiellement être comprise comme instaurant un régime d’indemnisation forfaitaire pour un dommage résultant “de circonstances imprévisibles qui découlent de la crise du COVID-19”<sup>6</sup>.

#### Quant aux effets dans le temps du régime en projet

5. Le régime en projet produit ses effets rétroactivement, vu que les faits dommageables se sont déjà produits et que l’adjudicataire avait déjà l’obligation de les porter à la connaissance du pouvoir adjudicateur ou de l’entité adjudicatrice concernés, à savoir par une notification des faits ou circonstances invoqués qui entraînent une révision. À ce sujet, le délégué a déclaré: *“De kennisgeving conform artikel 38/14 [van het koninklijk besluit van 14 januari 2013] dient reeds gebeurd te zijn en kan niet meer gebeuren na de bekendmaking van de wet”*. L’obligation inscrite à l’article 38/15 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013 est en outre maintenue (notification dans les 30 jours de l’influence des faits ou circonstances invoqués sur le déroulement du coût du marché).

Les adjudicataires ayant subi des dommages imprévisibles à la suite de l’impact de la crise du COVID-19, susceptibles d’être compensés sur la base de l’actuel article 38/9 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013, verront, en ce qui concerne les marchés publics visés à l’article 5, alinéa 1<sup>er</sup>, de la proposition de loi, l’indemnité concernant ce<sup>7</sup> dommage limitée par le régime en projet à une indemnité unique et forfaitaire “pour les frais spécifiquement exposés (...) dans le cadre du marché en vue du respect de toutes les mesures hygiéniques et sanitaires visant à protéger le personnel de l’adjudicataire

<sup>5</sup> Un régime de suspension est prévu à l’article 38/12 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013.

<sup>6</sup> Compte tenu de ces précisions apportées par le délégué, le régime de suspension, de prolongation et de résiliation du marché visé dans la proposition n’est pas examiné plus avant. Voir à cet égard également l’observation formulée à propos de l’article 3.

<sup>7</sup> En effet, il ressort du commentaire de l’article 3 que l’application de l’article 38/9 “n’est aucunement restreinte pour les circonstances imprévisibles non liées à la crise du COVID-19. Pour ces cas-là, les dispositions de l’article 38/9 restent entièrement d’application” (*Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 1428/1, p. 6).

(i.e. mogelijkheden die – behoudens de schorsing<sup>5</sup> – nu al bestaan op grond van het bestaande artikel 38/9 en waarvan sinds maart 2020 naar aanleiding van de COVID-19-pandemie vermoedelijk al toepassing is gemaakt), verklaarde de gemachtigde:

*“Het opzet was om een globale regeling uit te werken voor de onvoorzienbare omstandigheden die voortvloeien uit de COVID-19-crisis en daarbij alle herzieningsmogelijkheden te omvatten waarin is voorzien in artikel 38/9 AUR.*

*Het wetsvoorstel zou echter zo herwerkt kunnen worden dat het enkel strekt tot de -forfaitaire- vergoedingsregeling, en dat de aspecten inzake de schorsing, verlenging en verbreking van de opdracht buiten de voorliggende regeling worden gehouden en zodoende onder de gewone werking van artikel 38/9 AUR blijven vallen.”*

In het licht van deze uitleg van de gemachtigde kan het voorstel in essentie worden begrepen als de invoering van een forfaitaire schadevergoedingsregeling voor schade als gevolg van “de onvoorzienbare omstandigheden die voortvloeien uit de COVID-19-crisis”.<sup>6</sup>

#### Betreffende de temporele werking van de ontworpen regeling

5. De ontworpen regeling heeft een retroactieve werking aangezien de schadeveroorzakende feiten zich al hebben voorgedaan en de opdrachtnemer al de verplichting had om hiervan kennis te geven aan de betrokken aanbestedende overheid of aanbestedende entiteit, met name door middel van een kennisgeving van ingeroepen feiten of omstandigheden die aanleiding geven tot een herziening. De gemachtigde verklaarde in dit verband: *“De kennisgeving conform artikel 38/14 [van het koninklijk besluit van 14 januari 2013] dient reeds gebeurd te zijn en kan niet meer gebeuren na de bekendmaking van de wet”*. Ook de verplichting van artikel 38/15 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 blijft behouden (kennisgeving binnen 30 dagen van de ingeroepen feiten en omstandigheden op het verloop van de kostprijs van de opdracht).

Opdrachtnemers die als gevolg van de impact van de COVID-19-crisis onvoorzienbare schade hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt op grond van het huidige artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013, zullen door de ontworpen regeling de vergoeding voor die<sup>7</sup> schade, wat de overheidsopdrachten bedoeld in artikel 5, eerste lid, van het wetsvoorstel betreft, beperkt zien tot een eenmalige en forfaitaire vergoeding “voor de kosten (...) in het kader van de opdracht specifiek gemaakt met het oog op de naleving van alle hygiënische en sanitaire maatregelen ter

<sup>5</sup> Een regeling inzake de schorsing is voorzien in artikel 38/12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

<sup>6</sup> Gelet op de voormelde toelichting van de gemachtigde wordt niet verder ingegaan op de in het voorstel beoogde regulering van de schorsing, verlenging en verbreking van de opdracht. Zie in dit verband ook de opmerking bij artikel 3.

<sup>7</sup> Uit de toelichting bij artikel 3 blijkt immers dat de toepassing van artikel 38/9 “geenszins wordt beperkt voor onvoorzienbare omstandigheden die geen verband houden met de crisis COVID-19. Voor die gevallen blijven de bepalingen van artikel 38/9 onverminderd gelden.” (*Parl. St. Kamer 2019-20, 1428/1, blz. 6*)

et/ou de l'adjudicateur ainsi que des tiers éventuels<sup>8</sup>. Cette indemnisation sera en outre limitée en fonction de la valeur restante des prestations qui doivent encore être exécutée, et ce sur la base du pourcentage applicable figurant dans la proposition. En revanche, l'article 3, § 2, de la proposition de loi exclut l'application des conditions relatives au "*préjudice très important*" à démontrer (article 38/9, § 3, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013) et à la transmission d'un calcul chiffré (article 38/16 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013), mais il s'agit-là de la suppression de conditions dont les adjudicataires ne pouvaient pas avoir connaissance dans le passé, au moment de la notification faite conformément à l'article 38/14 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 et à laquelle il doit déjà avoir été procédé.

6. L'adoption d'une loi avec effet rétroactif est susceptible de violer le principe d'égalité et de porter atteinte aux droits acquis, protégés par l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH).

#### Quant à la protection du droit de propriété

7. La mesure proposée, qui limite une indemnisation éventuelle de manière forfaitaire, emporte une restriction du droit de propriété, qui comprend également des créances à l'égard de l'autorité. En effet, la notion de propriété au sens de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel de la CEDH recouvre également des créances en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une "*espérance légitime*" ("*legitimate expectation*") d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété<sup>9</sup>.

La non-rétroactivité des lois est une garantie ayant pour but de prévenir l'insécurité juridique. Cette garantie exige que le contenu du droit soit prévisible et accessible, de sorte que le justiciable puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte est accompli. La rétroactivité peut uniquement être justifiée lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général<sup>10</sup>. S'il s'avère en outre que la rétroactivité a pour but d'influencer dans un sens déterminé l'issue d'une procédure judiciaire ou d'empêcher les juridictions de se prononcer sur une question de droit bien déterminée, la nature du principe en cause exige que des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général justifient l'intervention du

bescherming van het personeel van de opdrachtnemer en/of de aanbesteder en eventuele derden<sup>8</sup>. Die schadevergoeding zal bovendien begrensd zijn in functie van de resterende waarde van de nog uit te voeren prestaties op basis van het toepasselijke percentage opgenomen in het voorstel. Daartegenover staat dat artikel 3, § 2, van het wetsvoorstel de toepassing uitsluit van de voorwaarden inzake het aan te tonen "*zeer belangrijk nadeel*" (artikel 38/9, § 3, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013) en het overmaken van een becijferde berekening (artikel 38/16 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013) doch het betreft het weglaten van voorwaarden waarvan opdrachtnemers in het verleden – op het ogenblik van de kennisgeving conform artikel 38/14 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 die reeds moet zijn gebeurd – niet op de hoogte konden zijn.

6. Het uitvaardigen van een wet met terugwerkende kracht kan een schending inhouden van het gelijkheidsbeginsel en een inbreuk betekenen op verworven rechten beschermd door artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag over de rechten van de mens (EVRM).

#### Betreffende de bescherming van het eigendomsrecht

7. De voorgestelde maatregel die een eventuele schadevergoeding op forfaitaire wijze begrenst, houdt een beperking in van het eigendomsrecht, dat ook vorderingen tegen de overheid omvat. Het eigendomsbegrip in de zin van artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM omvat immers ook vorderingen waarvan de eiser kan stellen dat hij ten minste een "*legitieme verwachting*" ("*legitimate expectation*") heeft op het daadwerkelijk verkrijgen van een eigendomsrecht.<sup>9</sup>

De niet-retroactiviteit van wetten is een waarborg ter voorkoming van rechtsonzekerheid. Die waarborg vereist dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk is, zodat de rechtzoekende in redelijke mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat die handeling wordt verricht. De terugwerkende kracht kan enkel worden verantwoord wanneer ze onontbeerlijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang.<sup>10</sup> Indien bovendien blijkt dat de terugwerkende kracht tot doel heeft de afloop van een gerechtelijke procedure in een welbepaalde zin te beïnvloeden of de rechtscolleges te verhinderen zich uit te spreken over een welbepaalde rechtsvraag, vergt de aard van het in het geding zijnde beginsel dat uitzonderlijke omstandigheden of

<sup>8</sup> Les développements de la proposition indiquent: "*La présente proposition de loi exclut toute autre forme d'indemnisation des dommages subis suite à la pandémie de COVID-19*" (Doc. parl., Chambre, 2019-2020, n° 1428/1, p. 8).

<sup>9</sup> CEDH 28 septembre 2004, arrêt *Kopecný c. Slovaquie*, § 35.

<sup>10</sup> Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle, voir notamment: C.C., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.24.2; C.C., 19 décembre 2013, n° 172/2013, B.22; C.C., 29 janvier 2014, n° 18/2014, B.10; C.C., 9 octobre 2014, n° 146/2014, B.10.1; C.C., 22 janvier 2015, n° 1/2015, B.4; C.C., 7 mai 2015, n° 54/2015, B.12; C.C., 14 janvier 2016, n° 3/2016, B.22; C.C., 3 février 2016, n° 16/2016, B.12.1; C.C., 28 avril 2016, n° 58/2016, B.9.2; C.C., 9 février 2017, n° 15/2017, B.9.2.

<sup>8</sup> De toelichting bij het voorstel vermeldt: "*Elke andere vorm van vergoeding voor schade geleden ten gevolge van de COVID-19-pandemie is door dit wetsvoorstel uitgesloten.*" (Parl. St. Kamer 2019-20, nr. 1428/1, blz. 8).

<sup>9</sup> EHRM 28 september 2004, *Kopecný t. Slovaquie*, § 35.

<sup>10</sup> Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof, zie o.m.: GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, B.24.2; GwH 19 december 2013, nr. 172/2013, B.22; GwH 29 januari 2014, nr. 18/2014, B.10; GwH 9 oktober 2014, nr. 146/2014, B.10.1; GwH 22 januari 2015, nr. 1/2015, B.4; GwH 7 mei 2015, nr. 54/2015, B.12; GwH 14 januari 2016, nr. 3/2016, B.22; GwH 3 februari 2016, nr. 16/2016, B.12.1; GwH 28 april 2016, nr. 58/2016, B.9.2; GwH 9 februari 2017, nr. 15/2017, B.9.2.

législateur, laquelle porte atteinte, au préjudice d'une catégorie de citoyens, aux garanties juridictionnelles offertes à tous<sup>11</sup>.

8. Le régime élaboré par la proposition de loi a pour effet d'intervenir dans certains litiges en cours, le cas échéant, dans des procédures ayant pour objet le paiement d'une indemnité par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice. Dans la mesure où la créance trouve son origine dans des circonstances imprévisibles découlant de la crise du COVID-19, la proposition entend limiter une condamnation éventuelle, d'une part, "aux frais spécifiquement exposés en vue du respect de toutes les mesures hygiéniques et sanitaires visant à protéger les personnes" et, d'autre part, à maximum 1 % des prestations encore à exécuter du marché au moment où il a été procédé dans le passé à la notification et, ce faisant, la proposition vise à influencer dans un sens déterminé l'issue de procédures judiciaires<sup>12</sup>.

Les développements de la proposition mentionnent un certain nombre de motifs servant à justifier le régime élaboré. Ainsi relèvent-ils que la "pandémie mondiale de COVID-19 et les diverses mesures prises par les autorités publiques pour l'endiguer peuvent indéniablement être considérées comme des circonstances imprévisibles exceptionnelles pour l'exécution des marchés publics" (mais) étant entendu qu'il s'agit de circonstances imprévisibles que "ni l'adjudicataire ni l'adjudicateur ne pouvaient prévoir" et "qui doivent non seulement affecter les deux parties, mais aussi avoir un impact très important sur l'adjudicataire et sur l'adjudicateur" et qu'il "serait [donc] injuste que les frais qui en découlent soient presque unilatéralement et en grande partie à charge de l'adjudicateur". La règle envisagée est dictée par des motifs d'intérêt général et d'équité faisant appel à la solidarité entre les parties contractantes afin qu'elles supportent chacune leur propre préjudice<sup>13</sup>. Ils soulignent en outre que de nombreuses mesures ont déjà été prises afin de compenser les effets de la crise du COVID-19 en général, comme le régime

dwingende motieven van algemeen belang een verantwoording bieden voor het optreden van de wetgever, dat ten nadele van een categorie van burgers afbreuk doet aan de jurisdictionele waarborgen die aan allen worden geboden.<sup>11</sup>

8. De door het wetsvoorstel uitgewerkte regeling heeft tot gevolg dat wordt ingegrepen in bepaalde hangende geschillen *cq.* rechtsgedingen die de betaling van een schadevergoeding door een aanbestedende overheid of een aanbestedende entiteit tot voorwerp hebben. In de mate de vordering haar oorzaak vindt in de onvoorzienbare omstandigheden die voortvloeien uit de COVID-19-crisis, beoogt het voorstel een eventuele veroordeling te beperken eensdeels "tot de kosten specifiek gemaakt met het oog op de naleving van alle hygiënische en sanitaire maatregelen ter bescherming van personen" en anderdeels tot maximaal 1 % van de nog uit te voeren prestaties van de opdracht op het ogenblik van de in het verleden gedane kennisgeving, en beoogt het voorstel aldus de afloop van gerechtelijke procedures in een welbepaalde zin te beïnvloeden.<sup>12</sup>

In de toelichting bij het voorstel worden een aantal beweegredenen aangehaald om de uitgewerkte regeling te verantwoorden. Zo wordt aangestipt dat de "wereldwijde COVID-19-pandemie en de diverse overheidsmaatregelen om die pandemie in te dijken voor de uitvoering van overheidsopdrachten onmiskenbaar als uitzonderlijke omstandigheden kunnen worden beschouwd" (doch) met dien verstande dat het onvoorzienbare omstandigheden betreft die "noch de opdrachtnemer, noch de aanbesteder konden voorzien" en "die niet alleen beide partijen treffen, maar ook een zeer belangrijke impact hebben op de opdrachtnemer en op de aanbesteder" waardoor het "onbillijk [zou] zijn dat de kosten die hieruit voortvloeien bijna eenzijdig en hoofdzakelijk ten laste van de aanbesteder zouden vallen". De te nemen regel is ingegeven door beweegredenen van algemeen belang en billijkheid, waarbij een beroep wordt gedaan op de solidariteit tussen de contractspartijen om elk hun eigen schade te dragen.<sup>13</sup> Voorts wordt erop gewezen dat er al heel wat maatregelen zijn getroffen om de gevolgen van de COVID-19-crisis in het

<sup>11</sup> Jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle. Voir par exemple: C.C., 21 novembre 2013, n° 158/2013, B.24.2; C.C., 9 octobre 2014, n° 146/2014, B.10.1; C.C., 28 mai 2015, n° 77/2015, B.4.1; C.C., 24 mars 2016, n° 48/2016, B.6; C.C., 6 octobre 2016, n° 126/2016, B.7.3.

<sup>12</sup> À ce sujet, le délégué a indiqué: "Het is inderdaad de bedoeling om ook in te grijpen in de hangende rechtsgedingen en de mogelijke veroordeling te beperken tot 1 % en dit in de gelijke behandeling van alle opdrachtnemers ongeacht of die al dan niet een regeling beogen via de rechtbank of in der minne. Dit is een gevolg van het feit dat de wet onmiddellijk ingrijpt in reeds bestaande contractuele verhoudingen". Le délégué a en outre précisé que seules peuvent être considérées comme un "arrangement définitif" au sens de l'article 5, les décisions judiciaires coulées en force de chose jugée: "Indien een gerechtelijke procedure zou zijn opgestart, dan dient de uitspraak inderdaad al in kracht van gewijsde te zijn gegaan wat gelet op het beperkte tijdsverloop evenwel eerder hypothetisch lijkt".

<sup>13</sup> Les développements mentionnent sur ce point: "Selon la doctrine, lorsqu'une situation a une incidence sur le contrat comme c'est le cas avec la pandémie actuelle et les mesures des autorités publiques en résultant, les deux parties en supportent en principe conjointement les effets sans les répercuter sur une seule d'entre elles". *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 1428-1, pp. 4-5.

<sup>11</sup> Vaste rechtspraak van het Grondwettelijk Hof. Zie bv.: GwH 21 november 2013, nr. 158/2013, B.24.2; GwH 9 oktober 2014, nr. 146/2014, B.10.1; GwH 28 mei 2015, nr. 77/2015, B.4.1; GwH 24 maart 2016, nr. 48/2016, B.6; GwH 6 oktober 2016, nr. 126/2016, B.7.3.

<sup>12</sup> In dit verband stelde de gemachtigde: "Het is inderdaad de bedoeling om ook in te grijpen in de hangende rechtsgedingen en de mogelijke veroordeling te beperken tot 1 % en dit in de gelijke behandeling van alle opdrachtnemers ongeacht of die al dan niet een regeling beogen via de rechtbank of in der minne. Dit is een gevolg van het feit dat de wet onmiddellijk ingrijpt in reeds bestaande contractuele verhoudingen.". Daarnaast verduidelijkte de gemachtigde dat enkel in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraken als een "definitieve regeling" in de zin van artikel 5 kunnen begrepen worden: "Indien een gerechtelijke procedure zou zijn opgestart, dan dient de uitspraak inderdaad al in kracht van gewijsde te zijn gegaan wat gelet op het beperkte tijdsverloop evenwel eerder hypothetisch lijkt".

<sup>13</sup> De toelichting vermeldt ter zake: "In de rechtsleer wordt ervoor gepleit dat, indien een situatie de overeenkomst treft zoals het geval is bij de huidige pandemie en de overheidsmaatregelen die er het gevolg zijn, de beide partijen de gevolgen hiervan, in beginsel, gezamenlijk dragen en niet uitsluitend afwentelen op één van hen." (*Parl. St.* Kamer 2019-20, nr. 1428/1, blz. 4-5).



de chômage temporaire et la prime de compensation pour les entreprises enregistrant une forte baisse de leur chiffre d'affaires et qu'afin de simplifier le recouvrement de ces frais", un régime d'indemnisation forfaitaire a été prévu<sup>14</sup>.

9. La question se pose de savoir si ces arguments suffiront à justifier la rétroactivité du régime en projet. Il ne semble en tout cas pas évident d'admettre qu'il pourra suffire d'invoquer des motifs financiers pour légitimer une entrée en vigueur rétroactive. Ainsi, dans son arrêt *Pressos Compania Naviera* (affaire du pilotage), la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que, au regard de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la C.E.D.H., les motifs budgétaires qui présidaient à la législation visant à restreindre la responsabilité de l'État belge pouvaient certes justifier un effet futur mais pas rétroactif<sup>15</sup>. Cette jurisprudence a en outre été confirmée ultérieurement<sup>16</sup>.

À cet égard, le délégué a fourni l'explication suivante:

*"Het arrest van 20 november 1995 betref de Wet 30 augustus 1988 tot wijziging van de Wet 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, die met terugwerkende kracht de aansprakelijkheid van de Staat en van de andere organisatoren van loodsdiensten voor fouten waarvoor ze verantwoordelijk gesteld zouden kunnen worden, had opgeheven.*

*In tegenstelling tot die zaak kan wat betreft de COVID-19-pandemie bezwaarlijk worden ingeroepen dat de overheid als aanbesteder aansprakelijk kan gesteld worden voor het feit dat ons land in het algemeen en de overheidsopdrachten in het bijzonder, worden getroffen door de COVID-19-pandemie. Het wetsvoorstel beoogt de impact te regelen van een tijdelijke overmacht die is ontstaan door een wereldwijde pandemie die uit haar aard en haar omvang haar gelijke niet kent sinds het bestaan van de wetgeving overheidsopdrachten.*

*Er dient ook op gewezen te worden dat de overheid met dit voorstel de aanbesteders niet in de mogelijkheid wenst te stellen zich te onttrekken aan hun contractuele verplichtingen, maar wel integendeel tracht om op een transparante, snelle en eenduidige wijze, namelijk via een eenmalige en forfaitaire vergoeding, de kosten te vergoeden die in hoofde van de opdrachtnemer in het kader van de opdracht specifiek gemaakt werden met het oog op de naleving van alle hygiënische en sanitaire maatregelen ter bescherming van het personeel van de opdrachtnemer en/of de aanbesteder alsook eventuele derden. Er wordt geenszins afbreuk gedaan aan enig verworven recht van de opdrachtnemers, maar enkel rechtszekerheid nagestreefd in het licht van de hedendaagse opvattingen in het verbintenissenrecht waar de klemtoon wordt gelegd op de goede trouw en de samenwerking tussen de partijen".*

<sup>14</sup> Doc. parl., Chambre, 2019-2020, n° 1428/1, p. 5.

<sup>15</sup> Cour eur. D.H., arrêt 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique*, § 43. Il se déduit de cet arrêt que le législateur ne peut pas adopter une législation avec effet rétroactif afin d'échapper à sa propre responsabilité (S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, Bruxelles, Intersentia, 2016, p. 137).

<sup>16</sup> Cour eur. D.H., arrêt du 23 juillet 2009, *Joubert c. France*, § 60.

algemeen te compenseren zoals het stelsel van tijdelijke werkloosheid en de compensatiepremie voor bedrijven met een sterke omzetzaling en dat "[o]m de terugvordering van die kosten te vereenvoudigen" is voorzien in een forfaitaire vergoedingsregeling.<sup>14</sup>

9. De vraag rijst of deze argumenten zullen volstaan om een retroactieve werking van de ontworpen regeling te kunnen billijken. Het lijkt alvast niet evident dat het aanvoeren van financiële motieven zal kunnen volstaan om een retroactieve inwerkingtreding te kunnen verantwoorden. Aldus oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in het arrest *Pressos Compania Naviera* (loodsenzaak) dat, in het licht van artikel 1, Eerste Protocol EVRM, de budgettaire motieven die ten grondslag lagen aan wetgeving die beoogde de aansprakelijkheid van de Belgische Staat te beperken misschien wel een toekomstige, maar geen retroactieve werking konden verantwoorden.<sup>15</sup> Die rechtspraak is later ook bevestigd.<sup>16</sup>

De gemachtigde verstreekte in dat verband de volgende toelichting:

*"Het arrest van 20 november 1995 betref de Wet 30 augustus 1988 tot wijziging van de Wet 3 november 1967 betreffende het loodsen van zeevaartuigen, die met terugwerkende kracht de aansprakelijkheid van de Staat en van de andere organisatoren van loodsdiensten voor fouten waarvoor ze verantwoordelijk gesteld zouden kunnen worden, had opgeheven.*

*In tegenstelling tot die zaak kan wat betreft de COVID-19-pandemie bezwaarlijk worden ingeroepen dat de overheid als aanbesteder aansprakelijk kan gesteld worden voor het feit dat ons land in het algemeen en de overheidsopdrachten in het bijzonder, worden getroffen door de COVID-19-pandemie. Het wetsvoorstel beoogt de impact te regelen van een tijdelijke overmacht die is ontstaan door een wereldwijde pandemie die uit haar aard en haar omvang haar gelijke niet kent sinds het bestaan van de wetgeving overheidsopdrachten.*

*Er dient ook op gewezen te worden dat de overheid met dit voorstel de aanbesteders niet in de mogelijkheid wenst te stellen zich te onttrekken aan hun contractuele verplichtingen, maar wel integendeel tracht om op een transparante, snelle en eenduidige wijze, namelijk via een eenmalige en forfaitaire vergoeding, de kosten te vergoeden die in hoofde van de opdrachtnemer in het kader van de opdracht specifiek gemaakt werden met het oog op de naleving van alle hygiënische en sanitaire maatregelen ter bescherming van het personeel van de opdrachtnemer en/of de aanbesteder alsook eventuele derden. Er wordt geenszins afbreuk gedaan aan enig verworven recht van de opdrachtnemers, maar enkel rechtszekerheid nagestreefd in het licht van de hedendaagse opvattingen in het verbintenissenrecht waar de klemtoon wordt gelegd op de goede trouw en de samenwerking tussen de partijen".*

<sup>14</sup> Parl.St. Kamer 2019-20, nr. 1428/1, blz. 5.

<sup>15</sup> EHRM 20 november 1995, *Pressos Compania Naviera e.a. t. België*, § 43. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de wetgever geen retroactieve wetgeving mag uitvaardigen om haar eigen aansprakelijkheid te ontlopen (S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten*, Brussel, Intersentia, 2016, blz. 137).

<sup>16</sup> EHRM 23 juli 2009, *Joubert t. Frankrijk*, § 60.

10. Indépendamment du fait que la pandémie de COVID-19 constitue aussi une “circonstance imprévisible” dans le chef de l’adjudicateur – particularité qui peut être réputée caractériser de (nombreuses) circonstances imprévisibles et qui ne la rend dès lors pas unique sur ce plan –, le fait que la pandémie mondiale de COVID-19 présente une nature particulière et une ampleur sans précédent pourrait en principe constituer une circonstance exceptionnelle ou un motif impérieux pour modifier certaines règles avec effet rétroactif.

Néanmoins, il est incertain qu’un tel effet rétroactif puisse être justifié à l’égard de la limitation de l’étendue de l’indemnisation à laquelle peuvent prétendre les adjudicataires sur la base de l’article 38/9 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013, comme le préconise la proposition de loi.

Ainsi, pour l’heure, la question se pose de savoir si les motifs financiers qui sont (notamment) à l’origine de la proposition se fondent effectivement sur une prémisse correcte, à savoir que sans le régime proposé un adjudicataire pourrait répercuter les frais qu’il a exposés en vue du respect des mesures hygiéniques et sanitaires “exclusivement” sur une seule partie (l’adjudicateur)<sup>17</sup>. Ainsi qu’il a été exposé au point 2, l’application de l’article 38/9 de l’arrêté royal du 14 janvier 2013 requiert en effet que l’adjudicataire démontre un “préjudice très important”, ce qui dépendra de la situation concrète et qui devra être apprécié au cas par cas<sup>18</sup>. Il semble également que pour apprécier ce “préjudice très important”, il faudra en outre tenir compte d’autres aides que l’autorité a déjà accordées (régime de chômage temporaire, “hinderpremie” (prime pour perte de chiffres d’affaires en cas de fermeture obligatoire de l’entreprise...)).

En outre, bien que le Conseil d’État n’ait pas une vue d’ensemble de la situation de fait, il ne semble pas être d’une grande complexité ni extraordinairement difficile de fixer les frais qui ont été spécifiquement exposés dans le cadre d’un marché en vue du respect de toutes les mesures hygiéniques et sanitaires. C’est aussi la raison pour laquelle, semble-t-il, les auteurs de la proposition ont prévu de ne pas appliquer les régimes d’indemnisation forfaitaire aux marchés publics pour lesquels un arrangement définitif a été pris (article 5, alinéa 2, de la proposition).

Par ailleurs, l’article 3, § 1<sup>er</sup>, de la proposition prévoit qu’en ce qui concerne les dommages consécutifs aux “circonstances imprévisibles découlant de la crise du COVID-19”, seul s’applique un droit à une indemnité pour couvrir les frais des mesures hygiéniques et sanitaires spécifiquement exposés

<sup>17</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 1428-1, pp. 4-5.

<sup>18</sup> Portail des marchés publics du Service Marchés publics du Service public fédéral Stratégie et Appui en collaboration avec le Service Marchés publics de la Chancellerie du Premier ministre, <https://www.publicprocurement.be/fr/faq/quelles-sont-les-formalites-applicables-pour-invoquer-les-circonstances-imprevisibles-dans-le>: “Les mesures prises dans le cadre de la lutte contre le virus COVID-19 ne constitueront pas automatiquement une circonstance imprévisible visée dans la disposition précitée. Tout dépendra de la situation concrète, qui devra être évaluée au cas par cas”.

10. Daargelaten het gegeven dat de COVID-19-pandemie ook een “onvoorziene omstandigheid” is in hoofde van de aanbesteder – eigenschap waarvan mag worden aangenomen dat het (vele) onvoorziene omstandigheden kenmerkt en die haar op dat vlak derhalve niet uniek maakt -, zou de omstandigheid dat de wereldwijde COVID-19-pandemie een bijzondere aard en ongeziene omvang heeft, in beginsel een uitzonderlijke omstandigheid of dwingend motief kunnen zijn om bepaalde regels met retroactieve kracht te wijzigen.

Of dergelijke retroactieve werking kan worden gebillijkt voor wat het beperken van de omvang van de schadevergoeding betreft waarop opdrachtnemers op grond van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 aanspraak kunnen maken en zoals in het wetsvoorstel wordt voorgestaan, is niettemin onzeker.

Zo rijst voorshands de vraag of de financiële motieven die (mee) ten grondslag liggen aan het voorstel wel uitgaan van een correcte premisse, namelijk dat zonder de voorgestelde regeling een opdrachtnemer zijn kosten met het oog op de naleving van hygiënische en sanitaire maatregelen “uitsluitend” kan afwentelen op één partij (de aanbesteder).<sup>17</sup> Zoals toegelicht *sub 2.*, moet immers met het oog op de toepassing van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 door de opdrachtnemer een “zeer belangrijk nadeel” worden aangetoond wat afhankelijk zal zijn van de concrete situatie en geval per geval zal moeten worden beoordeeld.<sup>18</sup> Het lijkt ook dat met het oog op de beoordeling van dat “zeer belangrijk nadeel” bovendien rekening zal kunnen worden gehouden met andere tegemoetkomingen die van overheidswege reeds werden toegekend (tijdelijke werkloosheidsregeling, hinderpremie, ...).

Bovendien, hoewel de Raad van State geen volledig zicht heeft op de feitelijke toestand, lijkt het niet enorm complex of buitengewoon moeilijk om kosten die in het kader van een opdracht specifiek zijn gemaakt met het oog op de naleving van alle hygiënische en sanitaire maatregelen te bepalen. Dit lijkt ook de reden te zijn waarom de stellers van het voorstel voorzien hebben in de niet-toepasselijkheid van de forfaitaire vergoedingsregelingen op overheidsopdrachten waarvoor al een definitieve regeling is getroffen (artikel 5, tweede lid, van het voorstel).

Daarnaast geldt, op grond van artikel 3, § 1, van het voorstel, voor wat schade als gevolg van “de onvoorziene omstandigheden die voortvloeien uit de COVID-19-crisis” betreft, enkel een recht op vergoeding voor de kosten voor hygiënische en sanitaire maatregelen die specifiek zijn gemaakt

<sup>17</sup> *Parl. St. Kamer* 2019-20, nr. 1428/1, 4-5.

<sup>18</sup> Portalsite overheidsopdrachten van de dienst Overheidsopdrachten van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning in samenwerking met de dienst Overheidsopdrachten van de Kanselarij van de Eerste minister, <https://www.publicprocurement.be/nl/faq/wat-met-de-naleving-van-de-vormvoorschriften-bij-het-inroepen-van-onvoorziene-omstandigheden>: “De maatregelen in het kader van de bestrijding van het COVID-19-virus zullen niet automatisch een onvoorziene omstandigheid uitmaken waarvan sprake is in de voormelde bepaling. Eén en ander hangt af van de concrete situatie, hetgeen geval per geval moet worden beoordeeld”.

en vue de protéger le personnel ou des tiers. L'exclusion rétroactive de toute possibilité d'indemnisation adaptée en fonction de la situation concrète, même dans le cadre d'une procédure en cours ou à la suite d'une décision judiciaire qui n'est pas encore coulée en force de chose jugée, semble excessive et peut soulever des questions quant à l'équilibre équitable poursuivi entre, d'une part, l'intérêt d'un traitement rapide des conséquences financières de la crise du COVID-19 et, d'autre part, les droits de propriété des adjudicataires qui, dans le cadre de cette crise, doivent éventuellement faire face, pour certains marchés, à d'autres frais imprévisibles causant un préjudice très important<sup>19</sup>.

Même si l'on peut admettre que le recouvrement de frais exposés en vue du respect de toutes les mesures hygiéniques et sanitaires gagnera en rapidité, en uniformité et sera facilité grâce à un régime d'indemnisation forfaitaire, cela ne signifie pas autant que la rétroactivité est absolument nécessaire à la réalisation d'un objectif d'intérêt général et qu'elle est justifiée par des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général.

#### Quant au principe d'égalité et à l'interdiction de discrimination

11. 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 visée 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. Si le principe d'égalité requiert non seulement que des situations identiques soient traitées d'une manière identique, il s'oppose également à ce que soient traitées de manière identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories se trouvant dans des situations qui sont essentiellement différentes.

La proposition prévoit un régime d'indemnisation forfaitaire pour les marchés publics dans un très grand nombre de secteurs. Le délégué a déclaré à cet égard:

*“In het licht van de beoogde regeling strekkende tot de beperking van de toepassing van artikel 38/9 van het KB AUR kan moeilijk anders dan met een forfaitaire vergoeding worden gewerkt. De regeling zal wellicht vooral toepassing vinden in het kader van opdrachten voor werken, maar er is nu in elk geval ook een regeling voor de opdrachten voor leveringen en diensten. En met die regeling is er toch een gelijke behandeling binnen elke opdrachtsoort. Ten slotte is met het oog op het bepalen van het toepasselijke percentage van de vergoeding in artikel 3, § 1, van het wetsvoorstel*

<sup>19</sup> Pensons à cet égard par exemple à des problèmes de livraison ou à une rupture de stock, notamment à la suite de mesures sanitaires prises par d'autres autorités, y compris des autorités étrangères.

ter bescherming van personeel of derden. Het op retroactieve wijze uitsluiten van elke mogelijkheid op een aangepaste schadevergoeding in functie van de concrete situatie, zelfs in het kader van een hangend rechtsgeding of na een nog niet in kracht van gewijsde getreden rechterlijke uitspraak, lijkt verregaand en kan vragen doen rijzen naar het nagestreefde billijk evenwicht tussen, enerzijds, het belang van een snelle afhandeling van de financiële gevolgen van de COVID-19-crisis en, anderzijds, de eigendomsrechten van opdrachtnemers die voor bepaalde opdrachten in het kader van deze crisis mogelijk met andere onvoorziene kosten die een zeer belangrijk nadeel berokkenen zijn geconfronteerd.<sup>19</sup>

Ook al is het aannemelijk dat de terugvordering van kosten die zijn gemaakt met het oog op de naleving van alle hygiënische en sanitaire maatregelen sneller, eenduidiger en gemakkelijker zal verlopen door middel van een forfaitaire vergoedingsregeling, dan betekent dit nog niet dat de terugwerkende kracht absoluut noodzakelijk is voor de verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang en verantwoord is door uitzonderlijke omstandigheden of dwingende motieven van algemeen belang.

#### Betreffende het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie

11. 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. Het gelijkheidsbeginsel vereist niet enkel dat gelijke situaties gelijk worden behandeld, maar staat er ook aan in de weg dat categorieën die zich in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op een identieke wijze worden behandeld zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat.

Het voorstel voorziet een forfaitaire vergoedingsregeling voor overheidsopdrachten in een zeer groot aantal sectoren. De gemachtigde verklaarde in dit verband:

*“In het licht van de beoogde regeling strekkende tot de beperking van de toepassing van artikel 38/9 van het KB AUR kan moeilijk anders dan met een forfaitaire vergoeding worden gewerkt. De regeling zal wellicht vooral toepassing vinden in het kader van opdrachten voor werken, maar er is nu in elk geval ook een regeling voor de opdrachten voor leveringen en diensten. En met die regeling is er toch een gelijke behandeling binnen elke opdrachtsoort. Ten slotte is met het oog op het bepalen van het toepasselijke percentage van de vergoeding in artikel 3, § 1, van het wetsvoorstel alleszins*

<sup>19</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan toeleveringsproblemen of een voorraadtekort, bijvoorbeeld ten gevolge van sanitaire maatregelen genomen door andere overheden, inclusief buitenlandse overheden.

*alleszins rekening gehouden met het onderscheid tussen de verschillende soorten opdrachten, door te voorzien in verschillende toepassingsdrempels.*

*(...) De indeling in deze categorieën en de daaraan gekoppelde percentages is bedoeld om op een bevattelijke en werkbare wijze het ganse veld van de mogelijke opdrachten voor werken af te dekken zonder daarbij in te veel en/of te gedetailleerde categorieën te vervallen. Deze opdeling biedt meer differentiatie dan de (Europese) bekendmakingsdrempels die in de overheidsopdrachtenreglementering worden gehanteerd en dit om het ganse spectrum van opdrachten te kunnen afdekken, zowel de 'kleinere' onder de 10 miljoen euro als de hele grote opdrachten van meer dan 100 miljoen euro".*

Il n'est pas tout à fait certain que ces explications justifient d'une manière suffisante le système d'indemnisation qui, pour une multitude de situations possibles, prévoit invariablement une limitation de maximum 1 % de la valeur des prestations encore à exécuter. Si la qualification du marché (travaux, fournitures ou services) et la valeur restante des prestations qui doivent encore être exécutées constituent des paramètres objectifs pour déterminer le montant de l'indemnisation, la proposition n'autorise cependant aucune adaptation pour l'estimation des dommages en fonction de l'ampleur concrète des dommages subis et d'éventuels autres postes de dépenses que celles qui ont été spécifiquement exposées pour des mesures hygiéniques et sanitaires visant à protéger le personnel ou des tiers.

12. Par ailleurs, le choix de modifier rétroactivement le régime d'indemnisation prévu à l'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 entraîne une différence de traitement éventuelle non voulue. L'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 est uniquement applicables aux marchés publiés qui sont publiés ou auraient dû être publiés à partir du 30 juin 2017, ainsi qu'aux marchés pour lesquels, à défaut d'une obligation de publication préalable, l'invitation à introduire une offre est lancée à partir de cette date<sup>20</sup>. La proposition aura pour effet qu'un régime distinct s'appliquera en fonction du cadre légal applicable au marché public concerné. En effet, les marchés publiés entre le 1<sup>er</sup> juillet 2013 et le 29 juin 2017 (ou qui alors auraient dû être publiés ou pour lesquels alors une invitation a été lancée) sont (encore) soumis à une version antérieure de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 qui ne contenait pas encore

rekening gehouden met het onderscheid tussen de verschillende soorten opdrachten, door te voorzien in verschillende toepassingsdrempels.

(...) De indeling in deze categorieën en de daaraan gekoppelde percentages is bedoeld om op een bevattelijke en werkbare wijze het ganse veld van de mogelijke opdrachten voor werken af te dekken zonder daarbij in te veel en/of te gedetailleerde categorieën te vervallen. Deze opdeling biedt meer differentiatie dan de (Europese) bekendmakingsdrempels die in de overheidsopdrachtenreglementering worden gehanteerd en dit om het ganse spectrum van opdrachten te kunnen afdekken, zowel de 'kleinere' onder de 10 miljoen euro als de hele grote opdrachten van meer dan 100 miljoen euro."

Het is niet geheel zeker of deze toelichting op afdoende wijze een verantwoording vormt voor het schadevergoedingsstelsel, dat voor een veelheid aan mogelijke situaties steeds een beperking voorziet van maximaal 1 % van de waarde van de nog uit te voeren prestaties. De kwalificatie van de opdracht (werken, dan wel leveringen of diensten) en de resterende waarde van de nog uit te voeren prestaties vormen weliswaar objectieve parameters voor het bepalen van het bedrag van de schadevergoeding, maar het voorstel laat voor de begroting van de schade geen enkele aanpassing toe in functie van de concrete omvang van de geleden schade en eventuele andere kostenposten dan kosten voor hygiënische en sanitaire maatregelen die specifiek zijn gemaakt ter bescherming van personeel of derden.

12. Daarnaast heeft de keuze om de schadevergoedingsregeling van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 op retroactieve wijze te wijzigen een mogelijk onbedoelde onderscheiden behandeling tot gevolg. Artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 is enkel van toepassing op opdrachten die vanaf 30 juni 2017 worden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum wordt uitgenodigd tot het indienen van een offerte vanaf 30 juni 2017.<sup>20</sup> Het voorstel zal tot gevolg hebben dat een onderscheiden regeling geldt in functie van het wettelijk kader dat van toepassing is op de betrokken overheidsopdracht. Opdrachten die zijn bekendgemaakt tussen 1 juli 2013 en 29 juni 2017 (of die dan hadden moeten worden bekendgemaakt of die

<sup>20</sup> Voir le commentaire de la portée de l'article 49 de l'arrêté royal du 22 juin 2017 'modifiant l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 16 février 2017 modifiant la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services', Portail des marchés publics du Service Marchés publics du Service public fédéral Stratégie et Appui en collaboration avec le Service Marchés publics de la Chancellerie du Premier ministre, <https://www.publicprocurement.be/fr/nouvelles/communication-concernant-lentree-en-vigueur-de-larrete-royal-du-22-juin-2017-modifiant-lar>.

<sup>20</sup> Zie de toelichting over de draagwijdte van artikel 49 van het koninklijk besluit van 22 juni 2017 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', Portalsite overheidsopdrachten van de dienst Overheidsopdrachten van de Federale Overheidsdienst Beleid en Ondersteuning in samenwerking met de dienst Overheidsopdrachten van de Kanselarij van de Eerste minister, <https://www.publicprocurement.be/nl/nieuws/mededeling-betreffende-de-inwerkingtreding-van-het-koninklijk-besluit-van-22-juni-2017-tot>.

d'article 38/9<sup>21</sup>, et ne seront donc pas soumis aux limitations forfaitaires prévues dans la proposition<sup>22</sup>. Les développements de la proposition ne justifient pas le choix du 30 juin 2017 comme deuxième date charnière (outre l'autre date charnière du 18 mars 2020, mentionnée à l'article 5 de la proposition).

Si les auteurs de la proposition estiment qu'il existe des motifs pour exclure de la proposition des marchés qui ont été publiés avant le 30 juin 2017 (ou qui alors auraient dû être publiés ou pour lesquels une invitation a été lancée), il est recommandé de les mentionner dans les développements de la proposition. Une autre solution peut consister à prévoir que la proposition a aussi des conséquences pour les marchés publics qui relèvent encore du champ d'application de l'article 56 (abrogé en 2017) de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Dans ce cas, les auteurs de la proposition devront cependant tenir compte du fait que le champ d'application et les conditions d'application de cette disposition ne sont pas identiques à celui et celles de l'article 38/9 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

#### EXAMEN DU TEXTE DE LA PROPOSITION DE LOI

##### Article 3

13. Il se déduit de la réponse donnée par le délégué au point 4 que l'intention est de remanier encore cet article afin de limiter le régime à un régime d'indemnisation forfaitaire.

En conséquence, outre les observations générales, il n'y a pas lieu de formuler des observations spécifiques sur la version actuelle de l'article 3.

##### Article 4

14. L'article 4 de la proposition ne fait que confirmer l'obligation de limiter les dommages, qui s'applique d'ores et déjà lors de l'exécution des marchés publics<sup>23</sup>.

Les auteurs de la proposition semblent également s'en rendre compte, ainsi qu'il ressort des développements de la proposition<sup>24</sup>. Le délégué a déclaré à ce sujet que l'obligation de limiter les dommages "*weliswaar geen uitdrukkelijke*

waarvoor dan een uitnodiging verstuurd is) zijn immers (nog) onderworpen aan een eerdere versie van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 waarin artikel 38/9 nog niet bestond,<sup>21</sup> en zullen dus niet onderworpen zijn aan de forfaitaire grenzen opgenomen in het voorstel.<sup>22</sup> De toelichting bij het voorstel omvat geen verantwoording voor de keuze van 30 juni 2017 als tweede scharnierdatum (naast de andere, in artikel 5 van het voorstel vermelde, scharnierdatum van 18 maart 2020).

Als de indieners van het voorstel van oordeel zijn dat er motieven voorliggen om opdrachten die vóór 30 juni 2017 zijn bekendgemaakt (of die dan hadden moeten worden bekendgemaakt of die waarvoor een uitnodiging verstuurd is) uit te sluiten van het voorstel, verdient het aanbeveling om die te vermelden in de toelichting bij het voorstel. Een alternatief kan erin bestaan om te bepalen dat het voorstel ook gevolgen heeft voor overheidsopdrachten die nog onder het toepassingsgebied vallen van het (in 2017 opgeheven) artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. In dat geval moeten de stellers van het voorstel er wel rekening mee houden dat het toepassingsgebied en de toepassingsvoorwaarden van deze bepaling niet identiek zijn aan die van artikel 38/9 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

#### ONDERZOEK VAN DE TEKST VAN HET WETSVORSTEL

##### Artikel 3

13. Uit het *sub* 4. weergegeven antwoord van de gemachtigde kan begrepen worden dat het de bedoeling is om dit artikel nog te herwerken om de regeling te beperken tot een forfaitaire schadevergoedingsregeling.

In het licht hiervan dienen naast de algemene opmerkingen geen specifieke opmerkingen te worden gegeven over de huidige versie van artikel 3.

##### Artikel 4

14. Artikel 4 van het voorstel vormt een loutere bevestiging van de schadebeperkingsplicht, die nu al geldt bij de uitvoering van overheidsopdrachten.<sup>23</sup>

Ook de stellers van het voorstel lijken dit in te zien, zoals blijkt uit de toelichting bij het voorstel.<sup>24</sup> De gemachtigde stelde in dit verband dat de schadebeperkingsplicht "*weliswaar geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag heeft in het Burgerlijk Wetboek*

<sup>21</sup> L'article 38/9 a été inséré dans l'arrêté royal du 14 janvier 2013 par l'article 21 de l'arrêté royal du 22 juin 2017. Les marchés qui ne sont pas soumis à cette disposition relèvent du régime inscrit à l'article 56 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013.

<sup>22</sup> En effet, c'est l'article 56 (abrogé par l'article 46, 3°, de l'arrêté royal du 22 juin 2017) de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 qui est applicable à cette catégorie de marchés.

<sup>23</sup> Bruxelles, le 4 juin 2014, *NJW* 2015, n° 316, p. 112.

<sup>24</sup> *Doc. parl.*, Chambre, 2019-20, n° 1428/1, p. 8.

<sup>21</sup> Artikel 38/9 is ingevoegd in het koninklijk besluit van 14 januari 2013 door artikel 21 van het koninklijk besluit van 22 juni 2017. Opdrachten die niet aan deze bepaling zijn onderworpen, vallen onder de regeling van artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013.

<sup>22</sup> Voor deze categorie van opdrachten is immers het (door artikel 46, 3°, van het koninklijk besluit van 22 juni 2017 opgeheven) artikel 56 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 van toepassing.

<sup>23</sup> Brussel, 4 juni 2014, *NJW* 2015, nr. 316, 112.

<sup>24</sup> *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 1428/1, 8.

wettelijke grondslag heeft in het Burgerlijk Wetboek of het KB AUR, maar door de rechtspraak en rechtsleer wel wordt erkend” et “derhalve geen nieuwe plicht [is]”.

Il est dès lors recommandé de distraire cette disposition, qui ne semble pas avoir un caractère normatif, de la proposition.

#### Article 5

15.1. Le délégué a précisé la portée de l'article 5 comme suit:

— la notion d’“offres” doit, en cas de procédure concurrentielle avec négociation, être comprise comme des “offres définitives”;

— le régime est également prévu pour les marchés conclus avant le 18 mars 2020 dont l'exécution n'a pas encore débuté;

— une indemnité déjà versée en raison d'un préjudice très grave résultant des conséquences de la pandémie de COVID-19 “doet veronderstellen dat er reeds een definitieve regeling is getroffen voor de vergoeding van de gevolgen van de crisis COVID-19 en zodoende geldt artikel 5, tweede lid, van het wetsvoorstel”.

Il est recommandé d'inscrire ces précisions dans les développements.

15.2. La référence, faite dans l'article 5, alinéa 2, à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, de la proposition devra en outre être adaptée en fonction du remaniement de l'article 3 de la proposition.

#### Article 6

16.1. L'article 6 habilite le Roi à fixer la date à laquelle la loi à adopter cessera de s'appliquer. Dans sa rédaction actuelle, cet article confère en réalité une habilitation à abroger la loi à adopter. En effet, une disposition fixant la fin de vigueur d'un acte prévoit que celui-ci cesse d'être en vigueur à une date déterminée<sup>25</sup>.

Le commentaire de cette disposition indique que le Roi est ainsi habilité à déterminer la fin de la période d'impact de la lutte contre le coronavirus COVID-19, après quoi celle-ci cessera de produire ses effets pour les parties impliquées dans le marché, lesquelles ne pourront donc plus l'invoquer en vue de la révision du marché.

Le délégué a justifié le choix d'habiliter le Roi à abroger la loi à tout moment sans intervention du législateur comme suit:

<sup>25</sup> *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet “Technique législative”, recommandation n° 158.

of het KB AUR, maar door de rechtspraak en rechtsleer wel wordt erkend” en “derhalve geen nieuwe plicht [is]”.

Het verdient dan ook aanbeveling om deze bepaling, die geen normatieve aard lijkt te hebben, weg te laten uit het voorstel.

#### Artikel 5

15.1. De gemachtigde gaf de volgende verduidelijkingen over de draagwijdte van artikel 5:

— het begrip “offertes” moet in geval van mededingingsprocedure met onderhandeling als “definitieve offertes” worden begrepen;

— de regeling is ook bedoeld voor de opdrachten gesloten vóór 18 maart 2020 waarvan de uitvoering nog niet is aangevangen;

— een reeds uitbetaalde vergoeding wegens een zeer ernstig nadeel in het kader van de gevolgen van de COVID-19-pandemie “doet veronderstellen dat er reeds een definitieve regeling is getroffen voor de vergoeding van de gevolgen van de crisis COVID-19 en zodoende geldt artikel 5, tweede lid, van het wetsvoorstel”.

Het verdient aanbeveling om deze uitleg in de toelichting op te nemen.

15.2. De verwijzing in artikel 5, tweede lid, naar artikel 3, § 1, 2<sup>o</sup>, van het voorstel zal voorts moeten aangepast worden in functie van de herwerking van artikel 3 van het voorstel.

#### Artikel 6

16.1. Artikel 6 machtigt de Koning om de datum te bepalen waarop de te nemen wet buiten werking treedt. In haar huidige redactie vormt dit artikel in werkelijkheid een machtiging tot het opheffen van de te nemen wet. Een buitenwerkingtredingsbepaling schrijft immers voor dat een tekst op een vastgestelde datum niet langer geldt.<sup>25</sup>

In de toelichting bij die bepaling kan worden gelezen dat de Koning aldus gemachtigd wordt om het einde van de periode van de impact van de strijd tegen het coronavirus COVID-19 te bepalen waarna deze geen enkel gevolg meer kan sorteren voor de bij de opdracht betrokken partijen die er dan ook geen beroep meer op kunnen doen met het oog op de herziening van de opdracht.

Als verantwoording voor de keuze om de Koning te machtigen om op elk ogenblik zonder tussenkomst van de wetgever de wet op te heffen stelde de gemachtigde:

<sup>25</sup> *Beginselen van de Wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling nr. 158.

*“De aard en het verloop van de huidige COVID-19-pandemie is zo grillig en ‘onvoorzienbaar’ dat het onmogelijk is thans een datum te bepalen waarop de wet buiten werking zou moeten treden. Met de keuze om dit te laten beoordelen door de Koning behoudt de wetgevende macht wel steeds een controle op de uitvoerende macht en kan deze hierover desgewenst wel nog ter verantwoording geroepen worden”.*

16.2. Les principes constitutionnels régissant la répartition des compétences entre les pouvoirs législatif et exécutif impliquent que le législateur ne peut pas habiliter sans limite le Roi à abroger une loi à une date indéterminée. Il est indiqué de prévoir une date limite ou un autre mécanisme afin de restreindre l’habilitation octroyée. Une autre solution consisterait à prévoir dans l’article 6 une date fixe à laquelle la loi à adopter cesse d’être en vigueur, étant entendu que le Roi est habilité, après évaluation, à prolonger chaque fois d’un an son application.

*Le greffier,*

Astrid TRUYENS

*Le président,*

Marnix VAN DAMME

“De aard en het verloop van de huidige COVID-19-pandemie is zo grillig en ‘onvoorzienbaar’ dat het onmogelijk is thans een datum te bepalen waarop de wet buiten werking zou moeten treden. Met de keuze om dit te laten beoordelen door de Koning behoudt de wetgevende macht wel steeds een controle op de uitvoerende macht en kan deze hierover desgewenst wel nog ter verantwoording geroepen worden.”

16.2. De grondwettelijke beginselen die de bevoegdheidsverdeling tussen de wetgevende en de uitvoerende macht beheersen hebben tot gevolg dat de wetgever geen onbeperkte machtiging aan de Koning kan geven om een wet op een niet nader bepaalde datum op te heffen. Het is aangewezen in een uiterste datum of een ander mechanisme te voorzien om de verleende machtiging ter zake in te perken. Een alternatief zou erin kunnen bestaan dat in artikel 6 een vaste datum wordt bepaald waarop de te nemen wet buiten werking treedt met dien verstande dat de Koning wordt gemachtigd om, na evaluatie, de werking ervan telkens met een jaar te verlengen.

*De griffier,*

Astrid TRUYENS

*De voorzitter,*

Marnix VAN DAMME