

La loi du 17 juin 2013 modifiée : une transition manquée

Note sous C.E., n° 239.058 du 12 septembre 2017, *B.V.B.A. RDR Infra c/ Communauté flamande*

MAXIME VANDERSTRAETEN

Avocat Assistant à l'USL-B et à l'ULB

1. La loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours a été modifiée par la loi du 16 février 2017⁽¹⁾, dont l'entrée en vigueur devait être fixée par le Roi⁽²⁾. En exécution de cette habilitation, l'article 48 de l'arrêté royal du 22 juin 2017⁽³⁾ dispose que la loi du 16 février 2017 « entre en vigueur le 30 juin 2017 ».

2. L'arrêt commenté a trait à un appel d'offres dont l'avis de marché a été publié le 16 mars 2017, mais dont l'attribution est intervenue le 17 juillet 2017. Dans le cadre du recours en suspension d'extrême urgence dirigé contre cette décision, la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité *ratione temporis* de la requête. À cette occasion, les parties débattent de l'applicabilité de la nouvelle version de la loi du 17 juin 2013.

3. Le Conseil d'État observe que l'arrêté royal du 22 juin 2017 ne comprend aucune disposition transitoire qui tiendrait compte de la date de publication du marché querellé (laquelle est antérieure au 30 juin 2017). Il en déduit que ce marché tombe sous l'empire de la loi du 17 juin 2013 telle qu'amendée par la loi du 16 février 2017.

4. En conséquence, le Conseil d'État procède à la computation du délai de recours en tenant compte, notamment, de l'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, nouveau, de la loi du 17 juin 2013. Selon cette

disposition, si la formalité de double notification de la décision d'attribution (d'une part, par e-mail, télécopieur ou via une plateforme électronique et, d'autre part, par envoi recommandé⁽⁴⁾) n'est pas respectée, les délais de recours commencent à courir à la date du dernier envoi⁽⁵⁾. La computation du délai selon cette méthode conduit le Conseil d'État à constater la tardiveté de la requête et, partant, à rejeter celle-ci.

5. En première analyse, la solution retenue par le Conseil d'État semble conforme au principe de l'application immédiate des lois de procédure⁽⁶⁾, parmi lesquelles on peut classer les lois relatives au mode de computation des délais⁽⁷⁾. L'arrêt commenté ne fait néanmoins pas mention de ce principe et pose – sans nuance – que l'ensemble de la nouvelle loi du 17 juin 2013 est immédiatement applicable. Or, comme l'indique l'intitulé de la loi du 17 juin 2013, cette dernière n'a pas uniquement trait à des aspects procéduraux au sens strict. Elle organise également la motivation des décisions, l'information des candidats et soumissionnaires et même les modalités d'indemnisation des soumissionnaires irrégulièrement évincés.

6. Une autre solution eût été possible : la loi du 17 juin 2013, telle qu'amendée, s'applique aux « marchés » et à certaines « concessions », ces notions étant désormais définies à l'article 2 de la

(1) *M.B.*, 17 mars 2017.

(2) Art. 63 de la loi du 16 février 2017.

(3) Arrêté royal 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.

(4) Art. 9/1, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013.

(5) Dans le cas d'espèce, l'application ou non de l'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi (modifiée) du 17 juin 2013 avait en définitive peu d'incidences, car le principe consacré par cette disposition était déjà communément admis par la jurisprudence fondée sur l'ancienne version de la loi (entre autres : C.E., n° 221.338 du 12 novembre 2012, *S.C.A. Hygiene Products*; C.E., n° 218.931 du 18 avril 2012, *S.A. T.P.F. Utilities*; C.E., n° 217.044 du 23 décembre 2011, *S.A. Polymedis*).

(6) En droit civil, voy. not. G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 158 et s.; G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire*, Tome 1, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 116 et s.

(7) G. CLOSSET-MARCHAL, *Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire*, op. cit., p. 178.

loi par référence aux deux lois du 17 juin 2016⁽⁸⁾. Or, les arrêtés d'exécution de ces deux lois fixent leur entrée en vigueur en fonction de la date où le marché ou la concession a été publié(e) ou aurait dû être publié(e)⁽⁹⁾. Ce n'est que si cette date est postérieure au 30 juin 2017 que le nouveau régime s'y applique⁽¹⁰⁾. Par voie de conséquence, la loi du 17 juin 2013 modifiée ne s'appliquerait, elle aussi, qu'aux marchés et concessions qui ont été publiés ou qui auraient dû être publiés à cette date.

7. C'est un raisonnement similaire qu'avait tenu le Conseil d'État dans un arrêt n° 234.110 du 11 mars 2016, concernant la transition entre le livre IIbis de la loi du 24 décembre 1993⁽¹¹⁾ et la loi (originelle) du 17 juin 2013. Quoique l'article 69 de cette dernière prévoyait son entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013, le Conseil d'État a fait le lien avec la notion de « marché », laquelle est définie par référence à la loi du 15 juin 2006. Or, cette dernière ne s'appliquait qu'aux marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir de cette date⁽¹²⁾. Ce constat suffisait, selon le Conseil d'État, à déroger au principe de l'application immédiate d'une loi de procédure nouvelle.

8. Le raisonnement fondé sur la définition des notions de « marché » et de « concession » permet d'assurer la cohérence entre les lois du 17 juin 2016, d'une part, et la nouvelle loi du 17 juin 2013, d'autre part⁽¹³⁾. Il doit à notre sens être préféré à la solution retenue par l'arrêt commenté, rendu en extrême urgence et probablement influencé par le fait que la partie adverse avait elle-même, dans son courrier de notification, maladroitement fait référence au nouvel intitulé de la loi du 17 juin 2013.

9. Dans le même sens, mais à propos de dispositions qui ne sont pas des lois de procédure, le Service Marchés publics de la Chancellerie du Premier Ministre a publié une « communication »⁽¹⁴⁾ selon laquelle les règles générales d'exécution de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, telles que modifiées par l'arrêté royal du 22 juin 2017, sont applicables uniquement aux marchés publiés ou qui auraient dû être publiés à partir du 30 juin 2017. Tant en ce qui concerne les nouvelles règles générales d'exécution que la loi amendée du 17 juin 2013, l'on regrettera que le Roi n'ait pas jugé utile d'aménager ce régime transitoire par une voie plus réglementaire qu'un avis sur le site Internet de la Chancellerie

*
**

C.E., n° 239.058 du 12 septembre 2017, B.V.B.A. RDR Infra c/ Communauté flamande

Loi du 17 juin 2013 – Loi du 16 février 2017 – Articles 8 et 11 – Article 9/1 (nouveau) – Article 23 (nouveau) – Double notification (télécopieur ou e-mail ; envoi recommandé) – Entrée en vigueur – Droit transitoire

Extraits

« [...] »

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij werpt een exceptie *ratione temporis* op. Zij betoogt dat de kennisgeving

van de bestreden beslissing is gebeurd met een e-mailbericht van 3 augustus 2017 en met een aangetekend schrijven van 4 augustus 2017. Overeenkomstig de volgens haar geldende regelgeving was de laatste datum om de vordering in te

(8) Voy., à l'art. 2, la combinaison des numéros 1°, 1°/1, 7° et 7°/1.

(9) S'agissant des marchés pour lesquels il n'existe pas d'obligation de publication préalable, l'on tient compte de la date de lancement de l'invitation à introduire une offre.

(10) Art. 131 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; art. 129 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ; art. 77 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession.

(11) Ce livre IIbis a été inséré dans la loi du 24 décembre 1993 par la loi du 23 décembre 2009, entrée en vigueur le 25 février 2010.

(12) Art. 1^{er} de l'arrêté royal du 2 juin 2013 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de ses arrêtés royaux d'exécution.

(13) À défaut, des situations aberrantes pourraient se présenter. Par exemple, une concession de services mise en concurrence avant le 30 juin 2017 ne serait pas soumise à la loi du 17 juin 2016 sur les contrats de concession, mais uniquement aux principes généraux, plus souples, issus du droit administratif ou des traités européens. Néanmoins, si cette concession excède les seuils européens et est attribuée après le 30 juin 2017, la motivation, l'information et les voies de recours seraient très formellement organisés par la loi modifiée du 17 juin 2013.

(14) Disponible à l'adresse suivante : <http://www.publicprocurement.be/fr/nouvelles/communication-concernant-lentree-en-vigueur-de-larrete-royal-du-22-juin-2017-modifiant-lar>.

stellen 21 augustus 2017. De termijn neemt immers een aanvang de dag na de dag waarop de kennisgeving werd verricht. Het verzoekschrift dagtekent van 22 augustus 2017 en is dus niet tijdig.

[...]

Beoordeling

9. Ter terechtzitting ontstaat er tussen de partijen discussie over de vraag of de wijzigingen aan de wet van 17 juni 2013 “betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten” aangebracht door de wet van 16 februari 2017 “tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 [...]” op de huidige procedure reeds van toepassing zijn.

De inwerkingtreding van de wijzigingswet van 16 februari 2017 wordt door artikel 48 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 [...]” zonder meer bepaald op 30 juni 2017.

Aldus lijkt te dezen wel degelijk rekening te moeten worden gehouden met de voormelde wet van 17 juni 2013 in haar gewijzigde vorm, ook al werd de opdracht vóór 30 juni 2017 bekendgemaakt. Er werd immers niet voorzien in een specifieke overgangsregeling die rekening zou houden met de bekendmaking van de opdracht.

De verwerende partij lijkt dit standpunt in haar nota en ter terechtzitting niet te delen maar in haar kennisgevingsbrief verwijst zij daarentegen wel reeds naar de wet van 17 juni 2013 met haar nieuw opschrift, vastgesteld door de voornoemde wet van 16 februari 2017, als “betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies” (hierna: de wet van 17 juni 2013).

[...]

10. Luidens artikel 23, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2013 dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad

van State “op straffe van niet-ontvankelijkheid” te worden ingediend binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naar gelang”.

Te dezen vereist artikel 8, § 1, van de wet van 17 juni 2013, dat de aanbestedende instantie onmiddellijk na het nemen van de gemotiveerde gunningsbeslissing daarvan kennisgeving doet aan elke inschrijver van wie de offerte niet is gekozen. Gelet op de verplichte kennisgeving van de bestreden beslissing, dient de in artikel 23, §§ 1 en 3, van de wet van 17 juni 2013, bepaalde beroepstermijn te worden geacht in te gaan met de kennisgeving daarvan aan de verzoekende partij.

[...]

Artikel 9/1, § 1, van de wet van 17 juni 2013 verplicht de aanbestedende instantie ertoe om onmiddellijk de in artikel 8 van die wet bedoelde mededeling te doen “per fax, per e-mail of via de elektronische platformen [...] en, dezelfde dag, per aangetekende zending”.

Zowel uit het administratief dossier als uit het eigen stukkenbundel van de verzoekende partij blijkt dat te dezen de kennisgeving per aangetekende zending niet op dezelfde dag als de mededeling per e-mailbericht is gebeurd, maar één dag later. Aldus dient krachtens artikel 23, § 1, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 deze datum, de laatste van beide data, te worden gehanteerd als uitgangspunt voor de berekening van de termijn.

Het inleidend verzoekschrift blijkt te zijn verzonden bij aangetekende brief ter post afgegeven op 22 augustus 2017.

[...]

Het verzoekschrift werd, zoals reeds opgemerkt, pas ingediend op 22 augustus 2017. Er dient dan ook te worden vastgesteld dat de voorliggende vordering niet tijdig werd ingesteld.

[...]

13. De door de verwerende partij en de tussenkomende partij opgeworpen exceptie *ratione temporis* blijkt aldus de in het kader van een kortgeding bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste hoge graad van ernst te vertonen zodat deze exceptie wordt aanvaard.

[...]»