

Rolnummer 6595
Arrest nr. 43/2018 van 29 maart 2018

## A R R E S T

---

*In zake* : het beroep tot vernietiging van artikel 28, § 1, 3° en 4°, en § 2, en artikel 108, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, ingesteld door P.M. en anderen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters A. Alen en J. Spreutels, de rechters L. Lavrysen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût, T. Giet en R. Leysen, en, overeenkomstig artikel 60*bis* van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, emeritus voorzitter E. De Groot, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van emeritus voorzitter E. De Groot,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\* \*

## I. *Onderwerp van het beroep en rechtspleging*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 16 januari 2017 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 17 januari 2017, is beroep tot vernietiging ingesteld van artikel 28, § 1, 3° en 4°, en § 2, en artikel 108, eerste lid, 2°, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 14 juli 2016) door P.M., N. G.d.M. en P. V.d.S., bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. P. Vande Castele, advocaat bij de balie te Antwerpen.

De Ministerraad, bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. D. D'Hooghe en Mr. C. Mathieu, advocaten bij de balie te Brussel, heeft een memorie ingediend, de verzoekende partijen hebben een memorie van antwoord ingediend en de Ministerraad heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Bij beschikking van 18 oktober 2017 heeft het Hof, na de rechters-verslaggevers T. Merckx-Van Goey en F. Daoût te hebben gehoord, beslist dat de zaak in staat van wijzen is, dat geen terechtzitting zal worden gehouden, tenzij een partij binnen zeven dagen na ontvangst van de kennisgeving van die beschikking een verzoek heeft ingediend om te worden gehoord, en dat, behoudens zulk een verzoek, de debatten zullen worden gesloten op 14 november 2017 en de zaak in beraad zal worden genomen.

Aangezien geen enkel verzoek tot terechtzitting werd ingediend, is de zaak op 14 november 2017 in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

## II. *In rechte*

- A -

### *Ten aanzien van de ontvankelijkheid van het beroep*

A.1.1. De Ministerraad werpt op dat de verzoekende partijen niet uiteenzetten in welke zin zij gegriefd zouden zijn door het uitsluiten van bepaalde juridische diensten van het toepassingsgebied van de bestreden wet.

A.1.2. Hij stelt dat de verzoekende partijen in het bijzonder wat de uitsluiting van de arbitrage- en bemiddelingsdiensten betreft, noch aantonen dat ze actief zijn als bemiddelaar of arbiter, noch dat zij daartoe de intentie hebben, noch dat zij daarvoor gekwalificeerd (aan de hand van opleidingen of certificaten inzake bemiddeling) zijn. Hij wijst erop dat de vereisten voor de ombudsdiensten op verschillende niveaus niet dienstig zijn om het belang te staven daar de betrokken functies in dienst zijn van de overheid en bovendien niet onder bemiddeling vallen en derhalve niet onder de uitsluiting vallen die de verzoekende partijen bestrijden. Hij is eveneens van oordeel dat de verzoekende partijen niet toelichten welke diensten al dan niet incidenteel verband houden met het openbaar gezag en dus onder de specifieke uitsluiting vallen, noch aantonen dat zij zulke diensten uitoefenen of daarvoor in aanmerking zouden komen. Het vermeende belang dat de verzoekende partijen uit de zogenaamde « privatisering van justitie » en uit het recht op kwaliteitsvolle dienstverlening putten, valt niet af te leiden uit de bestreden bepaling en komt derhalve ook neer op een *actio popularis*.

Hij is eveneens van oordeel dat het functioneel belang van de verzoekende partij P. V.d.S. om de overheidsfinanciën onder controle te houden niet verschilt van het belang dat elke burger heeft bij een zorgvuldig optreden van de wetgever en derhalve een *actio popularis* uitmaakt.

A.1.3. Derhalve ontbreekt volgens de Ministerraad het rechtens vereiste belang om artikel 28, § 1, 3° en 4°, e), van de bestreden wet aan te vechten.

A.2.1. De verzoekende partijen stellen daarentegen dat zij wegens hun academische en professionele juridische kwalificaties met een gedegen kans kunnen kandideren voor overheidsopdrachten voor arbitrage- en bemiddelingsdiensten en de juridische diensten, vermeld in artikel 28, § 1, 4°, van de bestreden wet. De verzoekende partij P. V.d.S. benadrukt dat zij als gemeenteraadslid, hoeder van de gemeentelijke financiën en het zuinigheidsbeginsel, een bijzonder functioneel belang heeft om de bepalingen te bestrijden.

A.2.2. Volgens de verzoekende partijen zijn er om als arbiter te zetelen geen bijzondere kwalificaties vereist, temeer daar de partijen bij een geschil dat via arbitrage wordt beslecht vrij hun arbiters kunnen kiezen. Zij stellen dat hun profiel wel aannemelijk maakt dat zij als arbiter gekozen zouden kunnen worden. Zij geven ook aan dat, niettegenstaande er geen direct verband tussen de hoedanigheid van advocaat en die van arbiter bestaat, advocaten volgens de Codex Deontologie voor Advocaten gekwalificeerd zijn om als arbiter of bemiddelaar op te treden.

Zij voeren nog aan dat inzake gerechtelijke bemiddeling het optreden van een erkend bemiddelaar niet is vereist zodat dit ook niet relevant is voor hun belang. Partijen kunnen vrij hun bemiddelaar kiezen en aan het resultaat de juridische gevolgen verbinden. Zij zijn van oordeel dat wat de administratieve bemiddeling betreft, elke overheid *sensu lato* zelf vrij kan bepalen wie ze in aanmerking neemt voor bemiddelingsdiensten. De wettelijke bepalingen ter zake leggen geen vereisten op waaraan zij niet zouden voldoen. Zij stellen uitdrukkelijk dat zij voldoen aan de vereisten om Vlaams of federaal ombudsman te kunnen zijn. Zij merken op dat zij als ervaren juristen voor die functies uiteraard in aanmerking zouden komen.

A.2.3. Inzake de diensten die al dan niet occasioneel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag, stellen de verzoekende partijen dat de onmogelijkheid om te kunnen kandideren voor die diensten hun belang bij het bestrijden van de uitsluiting rechtvaardigt. Wat de juridische diensten van « justitie » betreft, stellen zij ten slotte dat zij als burger belang hebben bij een kwalitatieve justitie en dat de bestreden bepaling er evenwel toe kan leiden dat bij voorbaat niet alle mogelijke dienstverleners kunnen kandideren, in het bijzonder dat de kandidaat met de beste kwaliteiten niet kan kandideren en dus niet kan worden aangesteld.

#### *Ten aanzien van de middelen*

A.3. De verzoekende partijen voeren in een eerste middel aan dat artikel 28, § 1, 3°, van de bestreden wet de artikelen 10, 11 en 23 van de Grondwet, afzonderlijk beschouwd en in samenhang gelezen met het beginsel van het vrij verkeer zoals verankerd in artikel 6, § 1, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna : VWEU), de richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 « betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG » (hierna : richtlijn 2014/24/EU), het zuinigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel schendt.

A.4.1. Zij stellen in de eerste plaats dat de bestreden bepaling een verschil in behandeling invoert doordat zij zonder redelijke verantwoording de toewijzing van arbitrage- en bemiddelingsdiensten voor en door de overheid onttrekt aan de plaatsingsregels in de bestreden wet.

Het door de wetgever aangevoerde motief voor de uitsluiting dat die diensten gewoonlijk worden verleend door instanties of personen die gekozen of geselecteerd worden op een wijze die niet door de plaatsingsregels kan worden geregeld, kan volgens de verzoekende partijen niet worden aanvaard. De verzoekende partijen stellen dat bij de gunning van overheidsopdrachten het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het

transparantiebeginsel en het zuinigheidsbeginsel dienen te worden nageleefd. Volgens hen waarborgt enkel de bestreden wet de naleving van voormelde vrijheden en beginselen zodat het niet verantwoord is om de arbitrage- en bemiddelingsdiensten te onttrekken aan de bestreden wet.

A.4.2. Zij stellen meer in het bijzonder dat het aanvoeren van, enerzijds, overweging 24 en, anderzijds, artikel 10, c), van de richtlijn 2014/24/EU - overigens betrekking hebbende op de uitsluiting van de toepassing van de richtlijn - de bestreden nationale uitsluiting niet kan verantwoorden. De richtlijnuitsluiting wordt enkel verantwoord door een mogelijke nationale praktijk. Dat motief berust volgens hen niet alleen op een kringredering, maar is tevens onredelijk en geen reden van algemeen belang.

Zij zijn bovendien van oordeel dat het aanvoeren van bovenvermeld motief door de wetgever in voorkomend geval dient te worden ondersteund met bewijzen. Zij merken op dat overheden zich uiteraard wensen te onttrekken aan regels die hun keuze beperken en dat zij volledige vrijheid wensen te hebben, maar dat die wens niet aantooit dat de keuze of selectie niet kan plaatsvinden volgens de normaal geldende plaatsingsregels. Zij voeren dan ook aan dat niet is aangetoond dat de keuze of selectie van de voormelde diensten niet kan plaatsvinden op een wijze die door de plaatsingsregels van de bestreden wet wordt geregeld.

A.4.3. De verzoekende partijen voeren in de tweede plaats aan dat de verantwoording van de bestreden nationale maatregel strijdig is met het vrij verkeer van diensten, zoals gewaarborgd in het VWEU, en met de richtlijn 2014/24/EU.

Zij stellen dat de wetgever ten onrechte ervan is uitgegaan dat hij verplicht was om de uitsluiting, zoals bepaald in artikel 10, c), van voormelde richtlijn, over te nemen in de bestreden wet. Met die richtlijnbevestiging beoogde de Uniewetgever enkel te voorzien in een specifieke uitsluiting betreffende de arbitrage- en bemiddelingsdiensten van het toepassingsgebied van de richtlijn. Er diende dus niet te worden voorzien in een dergelijke nationale uitsluiting. Het door de richtlijn beoogde te bereiken resultaat kon immers worden bereikt zonder de bestreden bepaling.

A.4.4. Zij merken bovendien op dat de specifieke uitsluiting in de richtlijn niet impliceert dat de vrijheid van dienstverlening en het gelijkheidsbeginsel niet meer zouden moeten worden nageleefd. Daarom dient de wetgever volgens hen ook concreet aan te tonen dat de keuze of selectie van de arbitrage- of bemiddelingsdiensten niet gewoonlijk kan plaatsvinden op een wijze die door de plaatsingsregels kan worden geregeld, hetgeen hij heeft nagelaten.

A.4.5. In het geval dat de bestreden bepaling voortvloeit uit artikel 10, c), van de richtlijn 2014/24/EU rijzen volgens de verzoekende partijen ook vragen betreffende de geldigheid en interpretatie van die richtlijnbevestiging. Immers, ofwel verplicht de richtlijn de lidstaten niet om de uitzondering afhankelijk te maken van een voorafgaande nationale vaststelling dat de keuze of selectie gewoonlijk niet kan plaatsvinden volgens de normale plaatsingsregels, ofwel is die voorafgaande nationale vaststelling wel vereist. Zij verzoeken om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen omdat de richtlijn in voorkomend geval ongeldig zou kunnen zijn en de lidstaten dus wel verplicht zouden zijn een voorafgaande vaststelling te doen van de onmogelijkheid om de plaatsingsregels te volgen :

« Schendt artikel 10.c van de Richtlijn 2014/24/EU [...] niet het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het beginsel van vrije verkeer van diensten en het zuinigheidsbeginsel door te bepalen dat deze Richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbitrage- en bemiddelingsdiensten ? »;

« Houdt artikel 10.c van de Richtlijn 2014/24/EU [...], in samenhang beschouwd met de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het gelijkheidsbeginsel en het vrije verkeer van diensten, de verplichting voor de Lidstaat (*in casu* de Belgische Staat) in om in de nationale wetgeving, aangenomen ter uitvoering van de Richtlijn 2014/24/EU (zoals de Belgische wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten) eveneens te voorzien in een specifieke uitsluiting van de toepassing van deze nationale wetgeving op de overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbitrage- en bemiddelingsdiensten, met dien verstande dat in deze interpretatie van artikel 10.c van de Richtlijn 2014/24/EU en van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie het aannemen van deze aanvullende maatregel van intern recht (namelijk voorzien in een specifieke uitsluiting van de toepassing van deze nationale wetgeving op overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbitrage- en bemiddelingsdiensten) ook niet ondergeschikt wordt gemaakt aan de vaststelling en het bewijs dat de keuze of selectie van ' arbitrage- en

bemiddelingsdiensten ' in de Lidstaat (*in casu* België) onmogelijk gewoonlijk kan plaatsvinden op een wijze die door de plaatsingsregels (van de wet inzake overheidsopdrachten) wel kan worden geregeld ? ».

A.4.6. In ondergeschikte orde voeren de verzoekende partijen nog een schending van het gelijkheidsbeginsel aan doordat de bestreden bepaling ertoe leidt dat verschillende situaties op dezelfde wijze worden behandeld. Indien zou worden aangenomen dat een overheidsopdracht inzake het oprichten van de arbitrage- en bemiddelingsdiensten kan worden onttrokken aan de bestreden wet, *quod non*, dan is het evenwel nog niet verantwoord dat de specifieke uitsluiting ook van toepassing is op de latere overheidsopdrachten voor die diensten zelf. Derhalve rijst de vraag of artikel 10, c), van de richtlijn 2014/24/EU wel tot alle overheidsopdrachten voor diensten voor arbitrage- en bemiddelingsdiensten gericht kan zijn.

Bijgevolg verzoeken zij om volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen:

« Schendt artikel 10.c van de Richtlijn 2014/24/EU [...] niet het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het beginsel van vrije verkeer van diensten en het zuinigheidsbeginsel door te bepalen dat deze Richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbitrage- en bemiddelingsdiensten, dit doordat deze ' specifieke uitsluiting ' zonder onderscheid van toepassing is op enerzijds de opdracht tot keuze of selectie van het personeel van de arbitrage- en bemiddelingsdiensten en anderzijds aansluitende overheidsopdrachten voor deze diensten betreffende de arbitrage- en bemiddelingsdiensten die per hypothese dan reeds zijn bemand door dit gekozen of geselecteerd personeel ? ».

A.5. De verzoekende partijen voeren in een tweede middel aan dat artikel 28, § 1, 4<sup>o</sup>, a), b) en e), van de bestreden wet de artikelen 10, 11 en 23 van de Grondwet, afzonderlijk beschouwd en in samenhang gelezen met artikel 6, § 1, tweede lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het VWEU, de richtlijn 2014/24/EU, het zuinigheidsbeginsel, het legaliteitsbeginsel, de artikelen 40, 142, 151, 160 en 161 van de Grondwet en het redelijkheidsbeginsel schendt.

A.6.1. Daarbij merken zij op dat het bestreden artikel 28, § 1, 4<sup>o</sup>, e), niet duidelijk is doordat de draagwijdte van de uitzondering zou verschillen in het Nederlands en het Frans, in het bijzonder door de ontstentenis van, enerzijds, een komma tussen de woorden « diensten » en « die » en, anderzijds, een lidwoord vóór « andere juridische diensten ».

A.6.2. Zij voeren in het kader van dat middel aan dat het bestreden artikel 28, § 1, 4<sup>o</sup>, een verschil in behandeling invoert doordat het zonder verantwoording de toewijzing van de juridische diensten (de vertegenwoordiging in rechte door een advocaat en juridische diensten die al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag) onttrekt aan de plaatsingsregels in de bestreden overheidsopdrachtenwet.

Het door de wetgever aangevoerde motief voor de uitsluiting dat die diensten gewoonlijk worden verleend door instanties of personen die gekozen of geselecteerd worden op een wijze die niet door de plaatsingsregels kan worden geregeld, kan volgens hen niet worden aanvaard. Zij stellen meer in het bijzonder dat het aanvoeren van, enerzijds, overweging 25 en, anderzijds artikel 10, d), van de richtlijn 2014/24/EU - overigens betrekking hebbende op de uitsluiting van de toepassing van de richtlijn - de bestreden nationale uitsluiting niet kan verantwoorden. De richtlijnuitsluiting wordt enkel verantwoord door een mogelijke nationale praktijk. Dat motief berust niet alleen op een kringredenering, maar is tevens onredelijk en geen reden van algemeen belang.

Zij zijn bovendien van oordeel dat het aanvoeren van bovenvermeld motief door de wetgever in voorkomend geval dient te worden ondersteund met bewijzen. Zij merken op dat overheden zich uiteraard wensen te onttrekken aan regels die hun keuze beperken en dat zij volledige vrijheid wensen te hebben, maar dat die wens niet aantoonbaar is dat de keuze of selectie niet kan plaatsvinden volgens de normaal geldende plaatsingsregels. Zij voeren dan ook aan dat niet is aangetoond dat de keuze of selectie van de voormelde diensten niet kan plaatsvinden op een wijze die door de plaatsingsregels van de bestreden wet wordt geregeld.

A.6.3. Zij voeren eveneens aan dat bij de gunning van overheidsopdrachten het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, alsmede het gelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het zuinigheidsbeginsel dienen te worden nageleefd.

Volgens hen waarborgt enkel de bestreden wet de naleving van voormelde vrijheden en beginselen zodat het niet verantwoord is om de voormelde diensten te onttrekken aan de bestreden wet.

A.6.4. Zij merken op dat artikel 28, § 2, van de bestreden wet weliswaar de Koning machtigt om specifieke - zijnde van de bestreden wet afwijkende - plaatsingsregels in te stellen voor de diensten die zijn vermeld in artikel 28, § 1, 4°, a) en b), zonder evenwel daartoe verplicht te zijn zodat de ongelijkheid in stand blijft.

A.6.5. De verzoekende partijen betwisten dat het karakter *intuitu personae* van de relatie met een advocaat de uitsluiting kan verantwoorden. Zij zijn van oordeel dat niet valt in te zien waarom een aanbestedende overheid met betrekking tot de diensten die uitsluitend worden toevertrouwd aan advocaten geen vertrouwen in de lauraat van een gunningsproces zou kunnen hebben.

A.6.6. Volgens de verzoekende partijen rijzen ook vragen betreffende de geldigheid en interpretatie van artikel 10, d), van de richtlijn 2014/24/EU. Bijgevolg verzoeken zij om volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voor te leggen :

« Schendt artikel 10.d van de Richtlijn 2014/24/EU [...] niet het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het beginsel van vrije verkeer van diensten en het zuinigheidsbeginsel door te bepalen dat deze Richtlijn niet van toepassing is op de in artikel 10.d vermelde overheidsopdrachten voor rechtskundige diensten ? »;

« Houdt artikel 10.d van de Richtlijn 2014/24/EU [...], in samenhang beschouwd met de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, het gelijkheidsbeginsel en het vrije verkeer van diensten, de verplichting voor de Lidstaat (*in casu* de Belgische Staat) in om in de nationale wetgeving, aangenomen ter uitvoering van de Richtlijn 2014/24/EU (zoals de Belgische wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten) eveneens te voorzien in een specifieke uitsluiting van de toepassing van deze nationale wetgeving op de overheidsopdrachten voor de in artikel 10.d vermelde rechtskundige diensten, met dien verstande dat in deze interpretatie van artikel 10.d van de Richtlijn 2014/24/EU en van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie het aannemen van deze aanvullende maatregel van intern recht (namelijk voorzien in een specifieke uitsluiting van de toepassing van deze nationale wetgeving op overheidsopdrachten voor de in artikel 10.d vermelde rechtskundige diensten) ook niet ondergeschikt wordt gemaakt aan de vaststelling dat de keuze of selectie van ‘ (opdrachten voor) deze rechtskundige diensten ’ in de Lidstaat (*in casu* België) onmogelijk gewoonlijk kan plaatsvinden op een wijze die door de plaatsingsregels (van de wet inzake overheidsopdrachten) kan worden geregeld, zoals vermeld in overweging 25 van de Richtlijn 2014/24/EU ? ».

A.6.7. De verzoekende partijen voeren nog aan dat met artikel 28, § 1, 4°, e), van de bestreden wet de overheid de « privatisering van justitie » kan organiseren zonder de regels van de overheidsopdrachtenwetgeving te moeten volgen. Zij zijn immers van oordeel dat de juridische diensten die thans worden uitgevoerd door magistraten en al hun medewerkers zo kunnen worden uitbested. Zij stellen dat die uitbesteding strijdig is met de artikelen 40, 142, 151, 160 en 161 van de Grondwet.

A.7. De Ministerraad is in eerste instantie van oordeel dat de verzoekende partijen een aantal beweerde schendingen niet toelichten. Hij merkt op dat de verzoekende partijen hun persoonlijk en rechtstreeks belang, met name de aanwezigheid van een grensoverschrijdend element, bij het aanvoeren van schendingen van de bepalingen van het VWEU en de daaruit afgeleide beginselen niet aantonen. Hij stelt eveneens vast dat de verzoekende partijen nalaten aan te tonen in welke zin de bestreden nationale bepalingen de richtlijn 2014/24/EU niet correct zouden implementeren, temeer daar de nationale wetgevers vrij zijn om te kiezen of zij de niet-geharmoniseerde diensten onderwerpen aan de overheidsopdrachtenwetgeving. Hij stelt ook vast dat de verzoekende partijen niet toelichten of en hoe het zuinigheidsbeginsel door het Hof kan worden getoetst en in welke mate er een schending zou zijn van dat beginsel.

Hij is in ondergeschikte orde van oordeel dat niet valt in te zien waarom de bestreden uitzonderingen aanleiding zouden geven tot de miskennis van het zuinigheidsbeginsel. De bestreden uitsluitingen betreffen enkel de niet-toepassing van de formele procedures uit de bestreden wet. Hij stelt dat de overheid nog steeds op een verantwoorde wijze en dus met eerbiediging van de beginselen van behoorlijk bestuur opdrachten aan bijvoorbeeld advocaten dient toe te wijzen.

A.8. De Ministerraad verzet zich vervolgens ook tegen het stellen van de door de verzoekende partijen voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

A.9.1. Gelet op het feit dat de juiste toepassing en uitlegging evident is, is hij van oordeel dat een prejudiciële vraag tot uitlegging van artikel 10, c), van de richtlijn 2014/24/EU niet nodig is voor de beslechting van het geschil. Hij stelt ten eerste dat de wetgever inderdaad niet verplicht was om de bestreden uitsluiting over te nemen in de implementatie van de richtlijn 2014/24/EU. Volgens hem gaat het om een niet-dwingende bepaling aangezien de voormelde richtlijn op het punt van de uitsluiting niet harmoniserend werkt. Hij is aldus van oordeel dat door de arbitrage- en bemiddelingsdiensten uit te sluiten de richtlijn niet wordt geschonden.

Hij wijst er bovendien op dat uit de overweging bij de richtlijn niet kan worden afgeleid dat de uitsluiting afhankelijk wordt gemaakt van een concrete inschatting op het niveau van de lidstaat of van een bewijs. Volgens hem geldt de bestreden uitsluiting zonder voorwaarde en zonder enig voorbehoud.

A.9.2. Hij is voorts van oordeel dat de opgeworpen prejudiciële vragen in verband met de geldigheid van de richtlijn niet relevant zijn. Hij wijst erop dat de richtlijn op dit punt niet harmoniseert zodat de wetgever over de volledige beoordelingsbevoegdheid beschikt over hoe de richtlijn om te zetten. Aldus is de bestreden keuze een uiting van de Belgische wetgever. Derhalve kan volgens de Ministerraad de richtlijn niet aan de oorsprong liggen van de door de verzoekende partijen geformuleerde grieven. Hij wijst er ten slotte op dat het niet gaat om een dwingende richtlijn bepaling zodat er geen verplichting voor het Hof bestaat om een prejudiciële vraag voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

A.10. De Ministerraad stelt vast dat de verzoekende partijen zich in wezen beroepen op een onderscheiden behandeling van twee categorieën juridische dienstverleners, enerzijds, de dienstverleners op wier diensten aanbestedende overheden een beroep mogen doen zonder toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten en, anderzijds, de dienstverleners op wier diensten de aanbestedende overheden enkel een beroep mogen doen mits eerbiediging van de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

Hij is evenwel van oordeel dat de bestreden uitsluitingen van juridische diensten kunnen worden verantwoord op grond van het feit dat de betrokken juridische dienstverleners worden gekozen of geselecteerd op een wijze die gewoonlijk niet door plaatsingsregels kan worden geregeld. De reden daarvoor is het specifieke karakter van die uitgesloten diensten in vergelijking met de niet-uitgesloten diensten. De specifieke kenmerken van de zogenaamde « litigation »-diensten, de arbitrage- en bemiddelingsdiensten, en de « openbaar gezag »-diensten kunnen de uitsluiting van het toepassingsgebied rechtvaardigen.

A.11.1. De Ministerraad stelt ten eerste dat de onderscheiden behandeling van de « litigation »-diensten en de andere, zowel juridische als niet-juridische diensten objectief verantwoord is.

De Ministerraad voert ter verantwoording van de uitsluiting van de « litigation »-diensten het karakter *intuitu personae* van de relatie tussen een advocaat en zijn cliënt aan, die wordt gekenmerkt door de vertrouwensband. Hij stelt dat nog andere elementen het karakter *intuitu personae* onderstrepen. Zo hebben de taal, het rechtsdomein, de urgentie, het belang van de zaak, het rechtscollege, enz. een invloed op de keuze van een advocaat. Ook de relatie ten aanzien van de advocaten kan een relevant gegeven zijn bij die keuze. Hij merkt daarbij op dat vertrouwen veeleer een overtuiging is en dat het, evenals de andere elementen, niet kan worden geobjectiveerd, noch in formele regels kan worden gevat. Hij is van oordeel dat dit karakter *intuitu personae* (in het kader van geschillenbeslechting) niet op voldoende gelijkaardige wijze voorkomt bij andere juridische diensten zodat het een objectief criterium is om het onderscheid te rechtvaardigen.

Volgens hem is het dringende karakter bij geschillenbeslechting ook van dien aard dat procedures met betrekking tot overheidsopdrachten een hinderpaal vormen.

A.11.2. De verzoekende partijen betwisten dat de uitsluiting van de advocatendiensten op grond van die elementen kan worden verantwoord. Zij betwisten voornamelijk het motief dat de overheid vertrouwen moet kunnen hebben in de advocaat. Zij wijzen op het statuut van de advocaat en de relevante deontologische verplichtingen die alle verband houden met de loyauteit, de betrouwbaarheid en deskundigheid bij het uitvoeren van zijn opdracht.

A.11.3. De Ministerraad stelt dat de Codex Deontologie voor Advocaten weliswaar het bijzondere karakter *intuitu personae* van de relatie tussen cliënt en advocaat ondersteunen, maar dat de deontologische regels hoogstens het vertrouwen kunnen faciliteren. Het ontstaan van een vertrouwensband hangt af van verschillende subjectieve factoren die berusten op een aanvoelen.

A.11.4. De verzoekende partijen wijzen erop dat het subjectieve element van vertrouwen ertoe leidt dat de overheid naar eigen inzichten meteen de laureaat aanstelt, dan wel enkel een bepaalde selectie van kandidaten aanspreekt en bijgevolg zo verhindert dat alle advocaten kunnen dingen naar een dienstenopdracht voor rekening van de overheid. Zij stellen dat de het vertrouwensargument ertoe leidt dat een kandidaat met het oog op het verkrijgen van een opdracht vooraf onvoorwaardelijk en uitdrukkelijk trouw moet beloven aan de overheid, hetgeen de vrijheid van meningsuiting en het privéleven van de advocaat in het gevaar brengt.

A.11.5. De Ministerraad betwist dat de vertrouwensrelatie steunt op politieke of ideologische trouw. Hij stelt dat de uitsluitingen geenszins het privéleven van advocaten, de vrijheid van meningsuiting, alsmede de waarborgen uit de Codex Deontologie voor Advocaten op de helling zetten. Hij betwist dat de uitsluiting van bepaalde advocatendiensten tot de uitsluiting van bijna alle advocaten van overheidsopdrachten zou leiden. Hij wijst erop dat de overheden gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij het aanstellen van een advocaat zodat zij hun keuze moeten kunnen verantwoorden.

De Ministerraad merkt bovendien op dat uit de wetgeschiedenis blijkt dat de « litigation »-diensten steeds aan een speciale regeling onderworpen zijn geweest, hetgeen bevestigt dat die diensten wezenlijk verschillend zijn ten opzichte van andere juridische diensten.

Hij wijst er ten slotte nog op dat ter uitvoering van artikel 28, § 2, van de bestreden wet in artikel 126 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 « plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren » specifieke plaatsingsregels voor « litigation »-diensten van advocaten werden vastgesteld.

A.12.1. De Ministerraad is ten tweede van oordeel dat de uitsluiting van de arbitrage- en bemiddelingsdiensten gerechtvaardigd is.

Hij wijst erop dat een arbiter of bemiddelaar steeds door alle partijen gezamenlijk wordt aangesteld. Immers, de bestreden bepaling betreft louter het aanstellen van een arbiter of een bemiddelaar in geval van een geschil tussen de overheid en een particulier en wanneer zij gezamenlijk beslissen dit niet aan de rechter voor te leggen, maar ter beslechting een beroep te doen op een arbiter of bemiddelaar. De gezamenlijke aanstelling - hetgeen inherent is aan die vorm van geschillenbeslechting - sluit een dwingende rol van de overheid uit. Bovendien staat ze ook haaks op overheidsopdrachtenprocedures. Die diensten zijn volgens de Ministerraad duidelijk onderscheiden van de diensten die niet zijn uitgesloten aangezien de niet-uitgesloten diensten geen diensten betreffen waarbij al de betrokken partijen akkoord moeten gaan met de dienstverlener. Hij wijst erop dat dit ook wordt bevestigd door het feit dat die diensten *ab initio* nooit aan enige regeling inzake overheidsopdrachten onderworpen zijn geweest. De Ministerraad benadrukt dat ombudsdiensten niet kunnen worden begrepen onder de uitgesloten bemiddelingsdiensten omdat zij ruimer zijn dan bemiddeling en dus niet onder dat begrip vallen.

Voor het overige verwijst hij *mutatis mutandis*, wat het vertrouwen en andere subjectieve overwegingen betreft, naar de argumentatie in verband met de « litigation »-diensten.

A.12.2. Hij is van oordeel dat de kunstmatige opsplitsing door de verzoekende partijen tussen, enerzijds, de opdracht tot keuze of selectie van het personeel van de arbitrage- en bemiddelingsdiensten en, anderzijds, de aansluitende opdrachten voor die diensten, onbegrijpelijk is omdat het doel van de overheidsopdrachtenwet er net in bestaat te bepalen wie een dienst mag verlenen. Hij wijst er derhalve op dat de grief dient te worden afgewezen op grond van de exceptie *obscuri libelli*.

A.13. De Ministerraad is ten derde van oordeel dat de uitsluiting van de « andere [...] diensten die [...] al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag » gerechtvaardigd is.

Het verband met het openbaar gezag volstaat volgens de Ministerraad om die diensten niet gelijk te stellen met de andere diensten.



A.14. De Ministerraad is vervolgens van oordeel dat de bestreden uitsluitingen ook evenredig zijn daar ze beperkt blijven tot zeer specifieke categorieën. Ook zijn de gevolgen van de bestreden bepalingen beperkt tot de niet-toepassing van de bestreden wet, hetgeen niet uitsluit dat de beginselen inzake transparantie en gelijkheid uitwerking kunnen hebben. Hij stelt dat de Europeesrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing blijven op opdrachten die van de richtlijnen uitgesloten zijn op voorwaarde dat die opdrachten voldoende verband houden met de werking van de interne markt en dus een grensoverschrijdend belang hebben. De bestreden bepalingen staan volgens hem daaraan niet in de weg. De uitsluiting van de toepassing van de bestreden wet leidt aldus niet tot de niet-toepasselijkheid van de Europeesrechtelijke beginselen. Hij beklemtoont dat de bestreden uitsluitingen zich louter beperken tot het niet-toepassen van de formele overheidsopdrachtenprocedures.

A.15. Wat de aangevoerde schendingen van het Unierecht betreft, is de Ministerraad van oordeel dat de betrokken diensten zelden een grensoverschrijdend belang hebben gelet op hun verbondenheid met het toe passen recht van een lidstaat. Hij stelt dat, zelfs indien er sprake zou zijn van een grensoverschrijdend belang, dwingende redenen van algemeen belang beperkingen aan de vrijheden en beginselen van het Unierecht kunnen stellen.

Hij stelt dat, wat de « litigation »-diensten betreft, een eerste dwingende reden van algemeen belang erin bestaat dat ook ten aanzien van de overheid het recht op verdediging dient te worden gewaarborgd. De advocaat waarborgt volgens hem immers de toegang tot de rechter en vormt in die zin een onmisbare factor voor de verwezenlijking van het recht op verdediging. Zo worden volgens de Ministerraad de vertrouwensband en het beroepsgeheim van de advocaat, zoals vastgelegd in de deontologische regels, erkend als dwingende redenen van algemeen belang.

Wat de arbitrage- en bemiddelingsdiensten betreft, verwijst hij naar de inherente gezamenlijke aanstelling van personen voor die diensten en de noodzaak van vertrouwen in bemiddelaars en arbiters als dwingende redenen van algemeen belang.

A.16. De Ministerraad stelt ten slotte dat de wetgever met de uitsluiting van de « openbaar gezag »-diensten niet heeft beoogd die diensten aan derden toe te vertrouwen. De bestreden bepaling heeft derhalve niet de draagwijdte die de verzoekende partijen eraan geven. In zoverre de grief anders dient te worden begrepen, werpt hij de exceptie *obscuri libelli* op.

- B -

### *Ten aanzien van de context van de bestreden bepalingen*

B.1. Uit de wordingsgeschiedenis van de wettelijke bepalingen die de huidige wetgeving inzake overheidsopdrachten voorafgaan, blijkt dat volledige mededinging en transparantie de grondbeginselen zijn voor de aanschaf van diensten door de overheid (*Parl. St.*, Senaat, 1961-1962, nr. 364, pp. 2-3).

B.2. Aldus werd de openbare aanbesteding de regel bij de aanschaf van diensten door de overheid. Die regel werd in de loop der jaren door de wetgever verzacht door ook in andere plaatsingsprocedures te voorzien (*Parl. St.*, Senaat, 1961-1962, nr. 364, pp. 4-5). Derhalve zijn er thans verschillende procedures en daarmee verbonden voorschriften voor het plaatsen

van diensten. Die procedures en voorschriften staan onder een grote invloed van het recht van de Europese Unie.

B.3. Met het oog op het verwezenlijken van de interne markt heeft de Uniewetgever immers een gemeenschappelijk kader voor de aanschaf van diensten door overheden aangenomen (voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor het verrichten van diensten, COM (90) 372, *PB*, 31 januari 1991, nr. C 23, pp. 1-25).

Dat kader heeft tot doel om, enerzijds, het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid, onpartijdigheid en transparantie en, anderzijds, de volledige mededinging te waarborgen bij de gunning van overheidsopdrachten (overweging 2 bij de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 « betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten »; overweging 1 bij de richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 februari 2014 « betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG », hierna : richtlijn 2014/24/EU).

De procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten op Europees niveau zijn derhalve gecoördineerd om belemmeringen voor de vrijheid van dienstverlening op te heffen en dus om de belangen te beschermen van in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden (zie HvJ, grote kamer, 13 november 2007, C-507/03, *Commissie/Ierland*, punt 27).

B.4. Die procedures voor de plaatsing van diensten werden bij de richtlijn 2014/24/EU herzien en gemoderniseerd om een meer doelmatige besteding van de overheidsmiddelen en een betere mededinging te waarborgen. Bij die richtlijn heeft de Uniewetgever het onderscheid tussen, enerzijds, de diensten die als prioritair worden aangewezen en die aan de naleving van alle plaatsingsregels zijn onderworpen en anderzijds, de niet-prioritaire diensten die louter aan transparantieverplichtingen worden onderworpen, verlaten.

Hierdoor ressorteren juridische diensten in beginsel onder de voor alle diensten geldende aanbestedingsvoorschriften.

B.5. De Uniewetgever heeft evenwel bepaalde juridische diensten uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijn 2014/24/EU, zodat er voor die diensten geen harmonisatie van de procedurevoorschriften bestaat.

B.6. Artikel 10 van de richtlijn 2014/24/EU bepaalt :

*« Specifieke uitsluitingen voor opdrachten voor diensten*

Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten betreffende :

a) de verwerving of huur, ongeacht de financiële modaliteiten ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende zaken of betreffende de rechten hierop;

b) de aankoop, de ontwikkeling, de productie of de coproductie van programmamateriaal bestemd voor audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten, die worden gegund door aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten, of opdrachten betreffende zendtijd of betreffende de levering van programma's die worden gegund aan aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten. In dit punt wordt onder ' audiovisuele mediadiensten ' en ' aanbieders van mediadiensten ' respectievelijk verstaan, de definitie in artikel 1, lid 1, onder a) en d), van Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad. ' Programma ' beantwoordt aan de definitie in artikel 1, lid 1, onder b), van die richtlijn, maar omvat ook radioprogramma's en radioprogrammamateriaal. Voorts wordt voor de toepassing van deze bepaling onder ' programmamateriaal ' hetzelfde verstaan als onder ' programma ';

c) arbitrage- en bemiddelingsdiensten;

d) een van de hierna genoemde rechtskundige diensten :

i) vertegenwoordiging in rechte van een cliënt door een advocaat in de zin van artikel 1 van Richtlijn 77/249/EEG van de Raad :

- in een arbitrage- of bemiddelingsprocedure in een lidstaat, een derde land of voor een internationale arbitrage- of bemiddelingsinstantie, of

- in een procedure voor een rechter of overheidsinstantie van een lidstaat of een derde land of voor een internationale rechter of instantie;

ii) juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van de procedures als bedoeld in punt i) van dit punt, of indien er concrete aanwijzingen zijn en er een grote kans bestaat dat over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd, mits het advies door een advocaat is gegeven in de zin van artikel 1 van Richtlijn 77/249/EEG;

iii) het waarmerken en voor echt verklaren van documenten door een notaris;

iv) juridische dienstverlening door trustees (beheerders) of aangewezen voogden, en andere juridische dienstverlening waarvan de aanbieders door een rechterlijke instantie van de betrokken lidstaat, of van rechtswege, aangewezen zijn om specifieke taken te verrichten onder toezicht van die rechterlijke instanties;

v) andere rechtskundige diensten die in de betrokken lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag;

e) financiële diensten betreffende de uitgifte, de aankoop, de verkoop en de overdracht van effecten of andere financiële instrumenten, in de zin van Richtlijn 2004/39/EG van het Europees Parlement en de Raad, alsmede door de centrale banken verleende diensten en activiteiten die zijn uitgevoerd in het kader van de Europese faciliteit voor financiële stabiliteit en het Europees stabiliteitsmechanisme;

f) leningen, al dan niet in samenhang met de uitgifte, de aankoop, de verkoop of de overdracht van effecten of andere financiële instrumenten;

g) arbeidsovereenkomsten;

h) diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en -verenigingen en onder de CPV-codes vallen 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 en 85143000-3 behalve ziekenvervoer per ambulance;

i) openbaar personenvervoer per trein of metro;

j) opdrachten voor diensten inzake politieke campagnes die onder de volgende CPV-codes vallen : 79341400-0, 92111230-3 en 92111240-6, indien gegund door een politieke partij in het kader van een verkiezingscampagne ».

B.7. De uitsluiting van arbitrage- en bemiddelingsdiensten in de richtlijn 2014/24/EU is toegelicht als volgt :

« Er zij aan herinnerd dat arbitrage- en bemiddelingsdiensten en andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting gewoonlijk verleend worden door instanties of personen die gekozen of geselecteerd worden op een wijze die niet door de aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld. Verduidelijkt moet worden dat deze richtlijn niet van toepassing is op dienstencontracten voor het verlenen van deze diensten, ongeacht hun benaming in het nationale recht » (overweging 24 bij de richtlijn 2014/24/EU).

Die uitsluiting werd overigens overgenomen uit voorgaande richtlijnen en wordt aldaar toegelicht als volgt :

« Overwegende dat diensten van arbitrage en bemiddeling meestal worden verleend door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld » (overweging bij de richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 « betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening », hierna : richtlijn 92/50/EEG).

In de voorbereidende documenten bij de richtlijn 92/50/EEG werd die uitsluiting nader toegelicht als volgt :

« Het is gebruikelijk dat rechtspersonen of natuurlijke personen die dergelijke diensten verlenen, door de partijen bij de overeenkomst worden aangewezen, indien deze bij een geschil geen beroep op de rechter willen doen. De arbiters of verzoeners moeten door de partijen gezamenlijk worden aangewezen. Een inschrijvingsprocedure voor een dergelijke dienstverlening zou niet op zijn plaats zijn » (COM (90) 372, p. 17).

B.8.1. De uitsluiting van een aantal andere juridische diensten in de richtlijn 2014/24/EU wordt toegelicht als volgt :

« Een aantal juridische diensten die worden verricht door dienstverleners welke door een rechterlijke instantie van een lidstaat zijn aangewezen, betreft vertegenwoordiging van cliënten in juridische procedures door advocaten, en moet worden verleend door notarissen of houdt verband met de uitoefening van het openbaar gezag. Die juridische diensten worden meestal verricht door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld, zoals bijvoorbeeld de aanwijzing van advocaten van de staat in sommige lidstaten. Deze juridische diensten dienen bijgevolg buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn te blijven » (overweging 25 bij de richtlijn 2014/24/EU).

B.8.2. Krachtens bijlage 1B van de richtlijn 92/50/EEG vielen diensten van juridische aard oorspronkelijk onder het toepassingsgebied van de bij de artikelen 16 en 18 van die richtlijn voorgeschreven Europese regelgeving, wanneer de geschatte waarde van de opdracht ten minste 200 000 ecu, exclusief btw, bedroeg.

Alvorens te worden opgeheven bij de wet « overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten » van 15 juni 2006, had de wet van 24 december 1993, met hetzelfde opschrift, in punt 21 van bijlage 2B ervan eveneens betrekking op diensten van juridische aard (*Belgisch Staatsblad*, 22 januari 1994).

Bij de voormelde wet van 15 juni 2006 heeft de wetgever de omzetting van de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 « betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten » willen verzekeren.

Volgens artikel 7 van de richtlijn diende zij van toepassing te zijn op overheidsopdrachten die niet op grond van de in de artikelen 10 en 11 bepaalde uitzondering en de artikelen 12 tot en met 18 van de richtlijn waren uitgesloten en waarvan de geraamde waarde exclusief btw gelijk was aan of groter was dan de drempelbedragen, vastgesteld volgens het onderwerp van de opdracht.

Twee op overheidsopdrachten voor diensten toepasselijke regelingen waren in het leven geroepen volgens de artikelen 20 en 21 van de richtlijn : de opdrachten voor het verlenen van de in bijlage II A vermelde diensten dienden in overeenstemming met de bij de artikelen 23 tot 55 van de richtlijn voorgeschreven regelgeving te worden geplaatst; de opdrachten voor het verlenen van de in bijlage II B vermelde diensten - waartoe de rechtskundige diensten, in categorie 21, behoorden - waren daarentegen enkel aan de artikelen 23 en 35, lid 4, van de richtlijn onderworpen, waarbij het eerste artikel gewijd was aan de technische specificaties die deel moesten uitmaken van de aanbestedingsstukken, en het laatste betrekking had op de regels voor bekendmaking en transparantie van die opdrachten.

De wet van 15 juni 2006 is in werking getreden op 1 juli 2013, ingevolge het koninklijk besluit van 2 juni 2013 tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan.

Het koninklijk besluit « plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren » van 15 juli 2011, waarbij de wet van 15 juni 2006 is uitgevoerd, bepaalde in artikel 146 ervan dat de in artikel 33, § 2, van de wet bedoelde opdrachten voor juridische diensten werden « geplaatst via onderhandelingsprocedure met bekendmaking », « behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten ».

Het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking vormde de « standaardwijze » van plaatsing voor de opdrachten voor juridische diensten inzake raadpleging en vertegenwoordiging voor de rechtscolleges.

B.8.3. Sedert zijn arrest van 27 oktober 2005, *Contse*, C-234/03, punt 49, eist het Hof van Justitie van de Europese Unie dat de nadere regels voor het plaatsen van opdrachten met betrekking tot niet-prioritaire diensten, waaronder de juridische diensten, ook de beginselen van transparantie, van niet-discriminatie op grond van nationaliteit en van gelijke behandeling in acht moeten nemen, voor zover de in het geding zijnde diensten een « duidelijk grensoverschrijdend belang » vertonen. De aanbestedende overheid moet dus voorzien in een oproep tot mededinging (voldoende en toegankelijke bekendmaking) zonder evenwel de in de richtlijnen bedoelde formalistische plaatsingsprocedures te moeten naleven.

B.9. De wetgever heeft met de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten de voorschriften voor het plaatsen van onder meer diensten grondig willen herwerken en in overeenstemming willen brengen met de bepalingen en de doelstelling van de richtlijn 2014/24/EU :

« De wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten dient herzien te worden in het licht van de nieuwe Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten, meer bepaald de richtlijnen 2014/24/EU van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van de Richtlijn 2004/18/EG (hierna richtlijn 2014/24/EU genoemd), 2014/25/EU van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (hierna richtlijn 2014/25/EU genoemd), en richtlijn [2014/23/EU] van 26 februari 2014 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (hierna richtlijn [2014/23/EU] genoemd). Beide eerstgenoemde richtlijnen betreffen respectievelijk de opdrachten in de klassieke sectoren en in de speciale sectoren. Deze richtlijnen worden omgezet in dit ontwerp. De laatstgenoemde richtlijn betreft de concessieovereenkomsten en wordt in een afzonderlijke wet omgezet in het Belgisch recht.

[...]

[...] Vervolgens moet gewezen worden op de afschaffing van de voorheen onderscheiden prioritaire en niet-prioritaire diensten (diensten in Bijlagen II.A en II.B), waarbij evenwel in de richtlijn en in het ontwerp voorzien is in een versoepeld stelsel aan plaatsingsregels voor een aantal sociale en andere bijzondere diensten. [...]

[...]

Een aantal van de door de Europese Unie met de nieuwe regelingen nagestreefde doeleinden, werden tevens door de politieke overheden in België aangestipt als prioriteiten, zoals bijvoorbeeld een grotere deelname van de KMO's aan de overheidsopdrachten, de strijd tegen de sociale dumping, een vermindering van de administratieve lasten, aandacht voor energie-efficiëntie, grotere inachtneming van sociale en milieuclausules en aandacht voor innovatie. De regels van de richtlijnen werden dan ook omgezet voor de opdrachten onder de Europese drempels. Evenwel werd in een aantal versoepelingen voorzien.

Om al deze redenen werd de keuze gemaakt om een nieuwe wet te schrijven, eerder dan de vorige Belgische wetgeving aan te passen. In dit ontwerp van wet werden tevens heel wat meer bepalingen opgenomen dan in de vorige Belgische wetten inzake overheidsopdrachten » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, pp. 4-6).

B.10. De wetgever heeft op basis van de richtlijn 2014/24/EU geoordeeld dat een aantal diensten specifiek diende te worden uitgesloten van het toepassingsgebied van de plaatsingsregels in de bestreden wet en dat bestaande uitsluitingen in voorgaande wetgeving dienden te worden aangepast (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 52), zowel in de klassieke sectoren als in de sectoren van water- en energievoorziening.

B.11. Het bestreden artikel 28 van de bestreden wet bepaalt voor wat de klassieke sectoren betreft :

« § 1. Vallen niet onder de toepassing van deze wet, onder voorbehoud van paragraaf 2, de overheidsopdrachten voor diensten betreffende :

[...]

3° arbitrage- en bemiddelingsdiensten;

4° een van de volgende juridische diensten :

*a)* de vertegenwoordiging in rechte van een cliënt door een advocaat als bedoeld in artikel 1 van richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten, en dit in het kader van :

i een arbitrage- of bemiddelingsprocedure in een lidstaat, een derde land of voor een internationale arbitrage- of bemiddelingsinstantie, of

ii een procedure voor een rechter of overheidsinstantie van een lidstaat of een derde land of voor een internationale rechter of instantie;

*b)* juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van de procedures als bedoeld in de bepaling onder *a)*, of indien er concrete aanwijzingen zijn en er een grote kans bestaat dat



over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd, mits het advies door een advocaat is gegeven in de zin van artikel 1 van voormelde richtlijn 77/249/EEG;

[...];

e) andere juridische diensten die in het Rijk al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag;

[...]

§ 2. De Koning kan specifieke plaatsingsregels bepalen waaraan de in de paragraaf 1, 4°, a en b, bedoelde opdrachten, in de gevallen die Hij bepaalt, onderworpen zijn ».

B.12.1. De parlementaire voorbereiding bij het bestreden artikel 28, § 1, 3°, bevat volgende toelichting :

« Punt 3° betreffende overheidsopdrachten voor diensten die betrekking hebben op arbitrage- en bemiddelingsdiensten, stemt overeen met artikel 18, 5°, van de wet van 15 juni 2006. Zoals blijkt uit overweging 24 van richtlijn 2014/24/EU, worden arbitrage- en bemiddelingsdiensten en andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting gewoonlijk verleend door instanties of personen die gekozen of geselecteerd worden op een wijze die niet door de plaatsingsregels kan worden geregeld. Daarom is deze wet niet van toepassing op opdrachten voor diensten voor het verlenen van deze diensten, en dit ongeacht de benaming ervan in het nationale recht » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 53).

Daaruit blijkt dat de bestreden bepaling werd overgenomen uit artikel 18, 5°, van de wet van 15 juni 2006, zoals ingevoegd bij artikel 15 van de wet van 5 augustus 2011 « tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 ». In de parlementaire voorbereiding bij die wet wordt vermeld :

« De uitzondering voor diensten inzake arbitrage en bemiddeling is een uitzondering in het kader van het advies inzake bedrijfsvoering en beheer en aanverwante diensten » (*Parl. St.*, Kamer, 2010-2011, DOC 53-1590/004, p. 17).

Tevens blijkt dat de wetgever zich de motivering van de Uniewetgever voor de uitsluiting van die diensten van het toepassingsgebied van de richtlijn 2014/24/EU eigen heeft gemaakt om de nationale uitsluiting te verantwoorden.

B.12.2.1. De memorie van toelichting bij het bestreden artikel 28, § 1, 4°, vermeldt met betrekking tot de uitsluiting van bepaalde juridische diensten :

« Punt 4° is een nieuwe bepaling betreffende overheidsopdrachten die betrekking hebben op een van de hierna vermelde juridische diensten. Aangezien deze diensten meestal worden verstrekt door personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die moeilijk te verzoenen valt met de toepassing van de plaatsingsprocedures, moeten ze worden uitgesloten van het toepassingsgebied van deze wet » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, pp. 53-54).

De wetgever heeft zich aldus de motivering van de Uniewetgever voor de uitsluiting van die diensten van het toepassingsgebied van de richtlijn 2014/24/EU eigen gemaakt om de nationale uitsluiting te verantwoorden.

B.12.2.2. De uitsluiting van bepaalde diensten door advocaten (artikel 28, § 1, 4°, a) en b), van de bestreden wet) en de mogelijkheid voor de Koning om voor die diensten specifieke plaatsingsregels vast te stellen (artikel 28, § 2, van de bestreden wet) werden toegelicht als volgt :

« a) In de eerste plaats wordt de vertegenwoordiging in rechte van een aanbestedende overheid door een advocaat als bedoeld in artikel 1 van richtlijn 77/249/EEG van de Raad in een geschilprocedure uitgesloten.

Deze vertegenwoordiging kan plaatsvinden in een arbitrage- of bemiddelingsprocedure in een lidstaat, een derde land of voor een internationale arbitrage- of bemiddelingsinstantie, of in een procedure voor een rechter of overheidsinstantie van een lidstaat of een derde land of voor een internationale rechter of instantie. Het advies van de Raad van State om te verwijzen naar de bepalingen van intern recht waarbij de betrokken richtlijnbeeping werd omgezet, werd op dit punt niet gevolgd. In de artikelen 428 en verder van het gerechtelijk wetboek wordt weliswaar het beroep van advocaat geregeld (zie ook artikel 477*quinquies* en verder in verband met de vrijheid van vestiging van advocaten). Uit de voormelde bepalingen blijkt echter niet specifiek dat alleen de vertegenwoordiging in rechte wordt bedoeld. Zo heeft artikel 428 van het gerechtelijk wetboek ook betrekking op het voeren van de titel van advocaat. Bovendien heeft de betreffende uitzondering ook betrekking op de een vertegenwoordiging in rechte voor een buitenlandse rechtbank. Vandaar dan ook dat het raadzaam werd geacht, om redenen van duidelijkheid, de verwijzing naar richtlijn 77/249/EEG te behouden.

b) Vervolgens gaat het om het juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van een in punt a) bedoelde geschilprocedure of indien er concrete aanwijzingen zijn en er een grote kans bestaat dat over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd, mits het advies door een advocaat is gegeven in de zin van voormelde richtlijn 77/249/EEG.

De formulering in de richtlijn is tamelijk ingewikkeld. Niettemin dient eruit te worden afgeleid dat deze uitsluiting zowel betrekking heeft op het juridisch advies voorafgaand aan een geschilprocedure, als op het juridisch advies dat verband houdt met een toekomstig

geschil dat evenwel niet hypothetisch mag zijn. Bijgevolg heeft de uitsluiting geen betrekking op het juridisch advies dat los van elke geschilprocedure wordt gegeven.

De uitsluitingen onder a) en b) zijn verbonden aan het ‘ *intuitu personae*-karakter ’ van de betrokken dienst, die onder meer wordt gekenmerkt door een zekere vertrouwensband tussen de aanbestedende overheid en de advocaat. Het valt ook voor dat er dringende of zelfs hoogdringende gevallen zijn, wat uiteraard niet verzoenbaar is met de toepassing van een hele reeks regels. Niettemin wordt de Koning in de tweede paragraaf gemachtigd om voor de betreffende uitgesloten diensten toch specifieke plaatsingsregels uit te werken, in de door Hem te bepalen gevallen » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, pp. 54-55).

De Minister verduidelijkte de uitsluiting van de voormelde « litigation »-diensten verder als volgt :

« De minister vat de procedure samen die inzake de aanstelling van advocaten van toepassing is; hij preciseert dat de aanstelling van een advocaat door een aanbestedende overheid vooralsnog onderworpen is aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten, weze het dat in een aantal versoepelingen en afwijkingen is voorzien. Ingevolge de omzetting van de nieuwe richtlijnen inzake overheidsopdrachten worden ter zake een aantal wijzigingen doorgevoerd.

Vooreerst moet het onderscheid worden gemaakt tussen de zogenoemde *litigation*-diensten van advocaten (juridische diensten met betrekking tot geschillen) en de andere zogenoemde *consultancy*-diensten. De eerste categorie zal worden uitgesloten van het toepassingsgebied. De tweede categorie zal wel onderworpen blijven aan de plaatsingsregels van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, zij het aan een versoepeld regelstelsel. Die nieuwe opdeling is ingegeven door Richtlijn 2014/24/EU. In artikel 10, d), i) en ii), van die Richtlijn worden de diensten die betrekking hebben op het vertegenwoordigen van cliënten in juridische procedures (de *litigation*-diensten), voortaan uitgesloten van het toepassingsgebied.

De Europese regelgever heeft geoordeeld dat het toepassen van plaatsingsregels niet wenselijk is ingeval een advocaat wordt aangesteld voor de uitvoering van *litigation*-diensten. Kenmerkend voor die diensten is immers dat ze *intuitu personae* zijn : het betreft meer bepaald de vertrouwensband die moet kunnen bestaan tussen de aanbestedende overheid en de advocaat met het oog op een vlotte rechtsgang. Bovendien kan men niet om de vaststelling heen dat het beheer van een geschil vaak urgent is (bijvoorbeeld de noodzaak om dringende verdediging voor te bereiden van de aanbestedende overheid, de instelling van een dringende vordering of van een kortgedingprocedure), wat de toepassing van plaatsingsprocedures kan beletten.

Die elementen hebben tot de vaststelling geleid dat de toepassing van een stelsel aan plaatsingsregels niet de passende aanpak is bij het aanstellen van een advocaat voor *litigation*-diensten. Daarom werd in een uitsluiting van het toepassingsgebied voorzien.

De minister geeft aan dat in het wetsontwerp de voormelde opdeling vanuit de Europese richtlijn wordt gevolgd. Zodoende is ook in het wetsontwerp voor de betreffende *litigation*-diensten in een uitsluiting voorzien. Niettemin machtigt artikel 28, § 2, van het

wetsontwerp de Koning ertoe, indien nodig, voor de betreffende uitgesloten diensten alsnog specifieke plaatsingsregels uit te werken.

De uitsluiting inzake *litigation*-diensten betreft niet alleen de vertegenwoordiging in rechte van een aanbestedende overheid door een advocaat in een geschilprocedure, maar tevens het advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van een geschilprocedure of indien er concrete aanwijzingen bestaan en er een grote kans bestaat dat over de kwestie waarop het advies betrekking heeft, een dergelijke procedure zal worden gevoerd. Die procedure mag echter niet louter een hypothetische mogelijkheid zijn » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/011, pp. 10-11).

B.12.2.3. Inzake de uitsluiting van « andere juridische diensten die in het Rijk al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag » (artikel 28, § 1, 4°, e), van de bestreden wet) bevat de parlementaire voorbereiding volgende toelichting :

« Tot slot betreft het andere juridische diensten die, in het Rijk, al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag, overeenkomstig artikel 51 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Het is niet mogelijk om er een volledige lijst van op te maken, maar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan een inspiratiebron zijn in dit verband » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 55).

B.13. Artikel 108 van de bestreden wet bepaalt voor wat de sectoren van water- en energievoorziening betreft :

« Onderstaande uitsluitingen zijn van toepassing op de in de onderhavige titel bedoelde overheidsopdrachten :

1° artikel 27 met betrekking tot de overheidsopdrachten op grond van internationale voorschriften;

2° artikel 28 met betrekking tot bepaalde uitsluitingen voor opdrachten voor diensten;

3° artikel 29 met betrekking tot op basis van een alleenrecht geplaatste opdrachten voor diensten;

4° artikel 32 met betrekking tot onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten.

Echter is artikel 28, § 1, eerste lid, 10°, met betrekking tot opdrachten voor diensten inzake politieke campagnes, niet van toepassing. De uitsluiting van artikel 28, § 1, eerste lid, 2°, is slechts van toepassing op de opdrachten betreffende zendtijd of betreffende de levering van programma's die worden gegund aan aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten ».

B.14. De parlementaire voorbereiding bij artikel 108 bevat volgende toelichting :

« De onderhavige bepaling is gericht op de omzetting van de artikelen 20 tot 22 alsook artikel 32 van richtlijn [2014/25/EU] en heeft betrekking op de uitsluitingen voor de overheidsopdrachten op grond van internationale voorschriften, een aantal specifieke uitsluitingen voor opdrachten voor diensten, de op basis van een alleenrecht geplaatste opdrachten voor diensten en tot slot de onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten. Aangezien de betreffende uitsluitingen *quasi* identiek zijn in de klassieke en speciale sectoren, werd in het eerste lid eenvoudig verwezen naar de overeenkomstige artikelen uit titel 2 (klassieke sectoren).

Zoals aangegeven in het tweede lid vallen niettemin twee verschillen te signaleren. Vooreerst is de in artikel 28, 10°, bedoelde uitsluiting met betrekking tot opdrachten voor diensten inzake politieke campagnes, niet van toepassing in de speciale sectoren. Het betreft een zuiver theoretisch verschil want het is in de praktijk onmogelijk om voor de activiteiten in de speciale sectoren diensten inzake politieke campagnes te plaatsen, aangezien de betreffende diensten niet aansluiten bij deze activiteiten. Daarnaast is de in artikel 28, 2°, bedoelde uitsluiting niet in zijn geheel van toepassing. In de speciale sectoren is slechts in een uitsluiting voorzien voor opdrachten betreffende zendtijd of betreffende de levering van programma's die worden gegund aan aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten.

Voor nadere toelichting omtrent de betreffende uitsluitingen wordt verwezen naar de commentaar bij de artikelen 27 tot 29 en 32 » (*Parl. St.*, Kamer, 2015-2016, DOC 54-1541/001, p. 162).

#### *Ten aanzien van het belang van de verzoekende partijen*

B.15. De Ministerraad werpt op dat de verzoekende partijen niet over het rechtens vereiste belang beschikken om een beroep in te stellen tegen de bestreden bepalingen.

B.16. De Grondwet en de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof vereisen dat elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die een beroep tot vernietiging instelt, doet blijken van een belang. Van het vereiste belang doen slechts blijken de personen wier situatie door de bestreden norm rechtstreeks en ongunstig zou kunnen worden geraakt.

B.17.1. De bestreden bepalingen hebben invloed op de voorwaarden waaronder de overheid de daarin beoogde diensten aan dienstenverstrekkers kan toewijzen en op de toegang van die dienstenverstrekkers tot overheidsaanbestedingen. Het bestaan of de ontstentenis van plaatsingsregels voor de aanschaf van diensten is immers van dien aard dat daardoor de positie van een dienstverlener op de markt voor overheidsopdrachten kan worden beïnvloed.

De verzoekende partijen moeten evenwel blijk geven van een persoonlijk en rechtstreeks belang.

B.17.2. De verzoekende partijen oefenen het beroep van advocaat of een academische functie uit. Zij kunnen in dat opzicht rechtstreeks en ongunstig worden geraakt door de bestreden bepalingen aangezien die bepalingen dienstverrichtingen waarvoor de verzoekende partijen zich kandidaat zouden hebben kunnen stellen en waarvoor zij bijgevolg niet de door die bepalingen geboden waarborgen zullen kunnen genieten, uitsluiten van de plaatsingsregels.

B.18. De exceptie wordt verworpen.

*Ten aanzien van de ontvankelijkheid van de middelen*

B.19. De verzoekende partijen vorderen de vernietiging van de artikelen 28, § 1, 3° en 4°, a), b) en e), en § 2, en 108, eerste lid, 2°, van de bestreden wet en leiden twee middelen af uit de schending van de artikelen 10, 11, 23, 40, 142, 151, 160 en 161 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met het beginsel van de vrijheid van dienstverlening dat is neergelegd in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, met de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna : VWEU), met de richtlijn 2014/24/EU en met de beginselen van zuinigheid, wettigheid en redelijkheid.

B.20. De Ministerraad voert aan dat de middelen gedeeltelijk niet ontvankelijk zouden zijn omdat door de verzoekende partijen niet duidelijk zou worden uiteengezet op welke wijze de aangehaalde bepalingen of beginselen zouden zijn geschonden.

B.21. Om te voldoen aan de vereisten van artikel 6 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, moeten de middelen van het verzoekschrift te kennen geven welke van de regels waarvan het Hof de naleving waarborgt, zouden zijn geschonden, welke de bepalingen zijn die deze regels zouden schenden, en uiteenzetten in welk opzicht die regels door de bedoelde bepalingen zouden zijn geschonden.

Het Hof onderzoekt de middelen in zoverre zij aan de voormelde vereisten voldoen.

B.22.1. Het eerste middel is gericht tegen artikel 28, § 1, 3<sup>o</sup>, van de bestreden wet in zoverre het de overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbitrage- en bemiddelingsdiensten uitsluit van het toepassingsgebied van die wet, waardoor aldus een verschil in behandeling wordt gecreëerd tussen de overheidsopdrachten met betrekking tot die categorie van diensten en die met betrekking tot de andere diensten. Volgens de verzoekende partijen zou dat verschil in behandeling op geen enkele toelaatbare verantwoording berusten, in het licht van het beginsel van de vrijheid van dienstverrichting en van het zuinigheidsbeginsel.

De verzoekende partijen voeren eveneens aan dat dat verschil in behandeling niet zou kunnen worden verantwoord door de verplichting om de richtlijn 2014/24/EU om te zetten aangezien die de lidstaten niet zou verplichten in een dergelijke nationale uitsluiting te voorzien.

B.22.2. Het tweede middel heeft betrekking op artikel 28 van de bestreden wet, in zoverre het bepaalde juridische diensten die in paragraaf 1, 4<sup>o</sup>, zijn opgesomd, uitsluit van het toepassingsgebied van die wet. Vrijwel identieke grieven worden uiteengezet ter ondersteuning van dat middel.

B.23. In tegenstelling tot hetgeen de Ministerraad aanvoert, zetten de verzoekende partijen aldus voldoende uiteen in welk opzicht de bestreden bepalingen die in de twee middelen bedoelde regels zouden schenden.

### *Ten gronde*

B.24.1. Zoals in B.22 wordt vermeld, voeren de verzoekende partijen in het eerste middel aan dat artikel 28, § 1, 3<sup>o</sup>, van de bestreden wet, door de overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbitrage- en bemiddelingsdiensten van het toepassingsgebied van de wet uit te sluiten, een niet redelijk te verantwoorden verschil invoert tussen de overheidsopdrachten die betrekking hebben op die categorie van diensten en de andere

overheidsopdrachten die onder het toepassingsgebied van de wet vallen en die, bijgevolg, worden onderworpen aan de regels die zij voorschrijft.

B.24.2. Volgens de verzoekende partijen zou een dergelijke uitsluiting niet kunnen worden gebaseerd op overweging 24 en artikel 10, c), van de richtlijn 2014/24/EU, waarbij in een identieke uitsluiting wordt voorzien, die wordt verantwoord door het feit dat die diensten gewoonlijk verleend worden door instanties of personen die gekozen of geselecteerd worden op een wijze die niet door de aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld.

B.24.3. De verzoekende partijen suggereren dat het Hof, in het geval waarin de bestreden bepaling zou voortvloeien uit het voormelde artikel 10, c), van de richtlijn 2014/24/EU, aan het Hof van Justitie van de Europese Unie een prejudiciële vraag zou stellen over de geldigheid van de richtlijn zelf ten opzichte van de regels van primair Europees recht, in het bijzonder de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het VWEU, alsook het beginsel van de vrijheid van dienstverlening en het zuinigheidsbeginsel.

B.25.1. In het tweede middel bekritisieren de verzoekende partijen eveneens artikel 28, § 1, 4<sup>o</sup>, van de bestreden wet, in zoverre het de juridische diensten die erin worden opgesomd, uitsluit van het toepassingsgebied van de wet en van de regelgeving met betrekking tot de overheidsopdrachten die zij bevat.

Zij zijn van mening dat een dergelijke uitsluiting niet kan worden verantwoord door overweging 25 en artikel 10, d), van de richtlijn 2014/24/EU. Die uitsluiting, die zelf bij de richtlijn is doorgevoerd, zou immers enkel worden verantwoord door een hypothetische nationale praktijk die op een *petitio principii* berust en geen reden van algemeen belang zou uitmaken.

B.25.2. De verzoekende partijen voeren ook hier aan dat de bij artikel 10, d), van de richtlijn 2014/24/EU bepaalde uitsluiting de vraag doet rijzen naar de geldigheid van die bepaling ten opzichte van het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 29, 56, 57, 59, 288 en 291 van het VWEU, het beginsel van de vrijheid van dienstverlening en het zuinigheidsbeginsel, en verzoeken om prejudiciële vragen in die zin te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.



B.26. Uit hetgeen in B.3 en B.4 is vermeld, blijkt dat de Uniewetgever met de richtlijn 2014/24/EU beoogde de wettelijke drempels of de uiteenlopende plaatsingsregels voor de aanschaf van diensten door overheden in de lidstaten weg te werken door een geharmoniseerd wettelijk kader vast te stellen, hetgeen de vrijheid van dienstverlening, de vrijheid van vestiging en de volledige mededinging in de dienstensector dient te waarborgen.

De lidstaten zijn derhalve verplicht de in die richtlijn bepaalde geharmoniseerde voorschriften en procedures voor de aanschaf van diensten te implementeren in nationale bepalingen.

B.27. Artikel 10, c) en d), i), ii) en v), van de richtlijn 2014/24/EU bepaalt evenwel dat de arbitrage- en bemiddelingsdiensten, de zogenaamde « litigation »-diensten, de diensten van advocaten en de rechtskundige diensten « die in de betrokken lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag », worden uitgesloten van de bij de richtlijn geharmoniseerde plaatsingsregels voor diensten, hetgeen tot gevolg heeft dat lidstaten niet verplicht zijn om die specifieke diensten te onderwerpen aan de algemene plaatsingsregels, die uit de richtlijn voortvloeien.

Derhalve genieten de aanbieders van die diensten niet dezelfde waarborgen betreffende de volledige mededinging, de vrijheid van dienstverlening en de vrijheid van vestiging, als de verstrekkers van diensten die wel onder de richtlijn ressorteren.

B.28. Uit hetgeen in B.6 tot B.8 is vermeld, blijkt dat de Uniewetgever rekening heeft willen houden met de nationale verschillen bij de aanschaf van de in B.27 vermelde diensten door de overheid.

B.29. De vraag rijst of de uitsluiting van die diensten al dan niet afbreuk doet aan het door de Uniewetgever beoogde doel om de volledige mededinging, de vrijheid van dienstverlening en de vrijheid van vestiging te waarborgen bij de aanschaf van diensten door de overheid en of rekening houdend met het subsidiariteitsbeginsel een harmonisatie van de regels niet diende te worden uitgebreid tot de in B.27 vermelde diensten. Aldus stelt de richtlijn 2014/24/EU door de beperkte harmonisatie een verschil in behandeling in dat, gelet op de daarmee verbonden nationale beleidsvrijheid, doorwerkt in de bestreden bepalingen. Indien de Uniewetgever immers niet had voorzien in de uitsluitingen, dan hadden de in

artikel 28, § 1, 3° en 4°, vermelde diensten onder de algemeen geldende plaatsingsregels geressorteed, hetgeen de wetgever had verplicht om die regels te implementeren en derhalve dezelfde waarborgen voor de verstrekkers van de in B.27 vermelde diensten in te stellen als diegene die voor de andere dienstenverstrekkers gelden.

Het is derhalve nodig om met het oog op de beoordeling van de grondwettigheid van de bestreden bepalingen, na te gaan of artikel 10, c) en d), i), ii) en v), van de richtlijn 2014/24/EU het gelijkheidsbeginsel, al dan niet in samenhang gelezen met het subsidiariteitsbeginsel en met de artikelen 49 en 56 van het VWEU, schendt.

B.30. Artikel 267 van het VWEU verleent het Hof van Justitie de bevoegdheid om bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de geldigheid van de handelingen van de instellingen van de Unie. Volgens de derde alinea ervan is een nationale rechterlijke instantie gehouden zich tot het Hof van Justitie te wenden, indien haar beslissingen - zoals deze van het Grondwettelijk Hof - volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep. Wanneer er twijfel is over de geldigheid van een bepaling van het Unierecht die van belang is voor de oplossing van een voor dergelijk rechtscollege hangend geschil, dient dat rechtscollege, zelfs ambtshalve, het Hof van Justitie prejudicieel te ondervragen.

Rekening houdend met het voorgaande dient, alvorens ten gronde uitspraak te doen, bijgevolg de in het dictum vermelde prejudiciële vraag te worden gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Om die redenen,

het Hof,

alvorens uitspraak te doen ten gronde, stelt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag :

Is artikel 10, c) en d), i), ii) en v), van de richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en van de Raad van 26 februari 2014 « betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG » verenigbaar met het gelijkheidsbeginsel, al dan niet in samenhang gelezen met het subsidiariteitsbeginsel en met de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, doordat de daarin vermelde diensten worden uitgesloten van de toepassing van de plaatsingsregels in de voormelde richtlijn die nochtans de volle mededinging en het vrije verkeer waarborgen bij de aanschaf van diensten door de overheid ?

Aldus gewezen in het Nederlands, het Frans en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op 29 maart 2018.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

E. De Groot