

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.464/4
DU 15 DÉCEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Ministre du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, chargée des Travaux publics et des Transports, le 19 novembre 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet d'ordonnance "régulant l'exploitation d'un service public de location automatisée de vélos", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

Droit communautaire

1. L'avant-projet vise à instituer un service public de location automatisée de vélos et à habiliter (rétroactivement) le Gouvernement à concéder la gestion de ce service public par la conclusion d'un contrat de concession de service public.

L'article 17 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, dispose qu'une concession de service public ne constitue pas un marché public soumis aux règles de passation qu'elle énonce.

La question de savoir si, en droit communautaire, la convention que l'avant-projet vise à habiliter le Gouvernement à conclure constitue un marché public de service ou une concession de service public ne dépend cependant pas de la qualification que lui donne l'auteur de l'avant-projet mais bien des critères utilisés en droit communautaire et, au premier chef, du mode de rémunération du prestataire de service et de sa prise en charge du risque financier lié à l'exploitation du service qui lui est confié ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Voir notamment NIHOUL, P., "Les marchés publics dans l'Union européenne (2006-2007)", *Journal de droit européen*, 2008, pp. 280 et 281.

Le mode de rémunération du concessionnaire n'étant pas déterminé avec suffisamment de précision par l'avant-projet, il n'est pas possible de déterminer si le contrat de concession qu'il prévoit constitue bien une concession de service public au sens du droit communautaire.

C'est sous cette réserve que le présent avis est donné.

2. Même si la convention que l'avant-projet vise à habiliter le Gouvernement à conclure satisfait aux conditions imposées pour être qualifiée de concession de service public, l'attention de l'auteur du projet doit être attirée sur l'article 106 du TFUE (ex-article 86 CE), lequel dispose :

"1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres".

L'exécution de l'avant-projet devra être conforme à cette disposition ⁽²⁾.

⁽²⁾ Sur la portée de cette disposition, voir notamment : DURVIAUX, A.-L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 340 et suivantes.

Présentation de l'avant-projet

L'avant-projet doit être précédé d'un arrêté de présentation ⁽³⁾.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

Conformément à l'article 8 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 précitée, l'article 1^{er} de l'avant-projet doit être rédigé comme suit :

"Article 1^{er}. La présente ordonnance règle une matière visée à l'article 39 de la Constitution".

Article 2

1. À l'article 2, § 1^{er} (lire : alinéa 1^{er} ⁽⁴⁾), de l'avant-projet, les termes "est mandaté pour" doivent être remplacés par les mots "est autorisé à", afin de mieux correspondre à la description qui est donnée du projet dans l'exposé des motifs, aux alinéas 4 et 5 de la section 1 "Généralités".

⁽³⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, formule F 5, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative".

⁽⁴⁾ La division de l'article 2 de l'avant-projet en paragraphes ne se justifie pas, aucun de ces paragraphes ne comportant plus d'un alinéa. Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandation n/ 57.3, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative".

2. L'article 2, § 3 (lire : alinéa 3), de l'avant-projet dispose que la convention de concession impose, notamment, au concessionnaire de mettre en oeuvre le service concédé "en mettant le financement de l'exploitation au minimum à charge des usagers du service public tel que décrit au § 1" ⁽⁵⁾.

Le commentaire de cette disposition précise à cet égard :

"Un dernier impératif est qu'au moins une partie du financement de ce service public provienne d'une indemnité récupérée sur les usagers de ce service".

La disposition à l'examen sera revue afin d'y exprimer plus précisément l'intention de son auteur sur ce point. Il conviendra également de veiller à la concordance des deux versions linguistiques du texte.

Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation générale n/ 1.

⁽⁵⁾ Le texte néerlandais de cette disposition énonce quant à lui : "Daarenboven wordt nog aangehaald dat de financiering van de exploitatie van de openbare dienst zoals beschreven onder § 1, zo min mogelijk ten laste van de gebruikers moet vallen".

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY

KV

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.464/4
VAN 15 DECEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 19 november 2009 door de Minister van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Openbare Werken en Vervoer, verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van "ordonnantie bepalende de exploitatie van een openbare dienst geautomatiseerde fietsverhuur", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten, haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

Gemeenschapsrecht

1. Het voorontwerp strekt ertoe een openbare dienst op te richten voor geautomatiseerde fietsverhuur en de regering (met terugwerking) te machtigen om het beheer ervan in concessie te geven door het sluiten van een overeenkomst inzake concessie van openbare dienst.

Artikel 17 van 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 bepaalt dat een concessie van openbare dienst geen overheidsopdracht is die valt onder de regels inzake aanbesteding die in de richtlijn worden vastgesteld.

De vraag of, in het kader van het gemeenschapsrecht, de overeenkomst die de regering bij het voorontwerp gemachtigd zou worden te sluiten een overheidsopdracht is voor aanneming van diensten, dan wel een concessie van openbare dienst, is evenwel niet afhankelijk van de benaming die de steller van het voorontwerp eraan geeft, maar van de criteria die worden gehanteerd in het gemeenschapsrecht en in de eerste plaats van de wijze waarop de dienstverlener wordt bezoldigd en waarop hij het financiële risico draagt dat verbonden is aan de exploitatie van de dienst die hem wordt toevertrouwd ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Zie inzonderheid NIHOUL, P., "Les marchés publics dans l'Union européenne (2006-2007)", *Journal de droit européen*, 2008, blz. 280 en 281.

Aangezien de wijze waarop de concessiehouder wordt bezoldigd niet voldoende duidelijk wordt vastgesteld in het voorontwerp, is het niet mogelijk te bepalen of de concessieovereenkomst waarin het voorziet een concessie van openbare dienst is in de zin van het gemeenschapsrecht.

Dit advies wordt onder dat voorbehoud verstrekt.

2. Hoewel de overeenkomst die de regering bij het voorontwerp gemachtigd zou zijn te sluiten voldoet aan de opgelegde voorwaarden om te worden aangemerkt als een concessie van openbare dienst, wordt de steller van het ontwerp gewezen op artikel 106 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (oud artikel 86 VEG) dat als volgt luidt :

"1. De lidstaten nemen of handhaven met betrekking tot de openbare bedrijven en de ondernemingen waaraan zij bijzondere of uitsluitende rechten verlenen, geen enkele maatregel welke in strijd is met de regels van de Verdragen, met name die bedoeld in de artikelen 18 en 101 tot en met 109.

2. De ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang of die het karakter dragen van een fiscaal monopolie, vallen onder de regels van de Verdragen, met name onder de mededingingsregels, voor zover de toepassing daarvan de vervulling, in feite of in rechte, van de hun toevertrouwde bijzondere taak niet verhindert. De ontwikkeling van het handelsverkeer mag niet worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie.

3. De Commissie waakt voor de toepassing van dit artikel en richt, voor zover nodig, passende richtlijnen of besluiten tot de lidstaten".

Het voorontwerp zal conform deze bepaling moeten worden uitgevoerd ⁽²⁾.

⁽²⁾ In verband met de strekking van deze bepaling, zie inzonderheid : DURVIAUX, A.-L., *Logique de marché et marché public en droit communautaire. Analyse critique d'un système*, Brussel, Larcier, 2006, blz. 340 e.v.

Indiening van het voorontwerp

Het voorontwerp moet worden voorafgegaan door een indieningsbesluit ⁽³⁾.

Bijzondere bepalingen

Dispositief

Artikel 1

Overeenkomstig artikel 8 van de voormelde bijzondere wet van 12 januari 1989 moet artikel 1 van het voorontwerp geredigeerd worden als volgt :

"Artikel 1. Deze ordonnantie regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 39 van de Grondwet".

Artikel 2

1. In artikel 2, § 1 (lees : eerste lid ⁽⁴⁾) van het voorontwerp moeten de woorden "werd opgedragen" vervangen worden door de woorden "wordt gemachtigd" om beter overeen te stemmen met de beschrijving die van het ontwerp wordt gegeven in de memorie van toelichting in de vierde en vijfde alinea van afdeling 1 "Algemeen".

2. Artikel 2, § 3 (lees : derde lid) van het voorontwerp bepaalt dat de concessieovereenkomst de concessiehouder onder meer verplicht de in concessie gegeven

⁽³⁾ Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, formule F 5, (www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek".

⁽⁴⁾ Er is geen reden om artikel 2 van het voorontwerp in te delen in paragrafen daar geen van die paragrafen meer dan één lid bevat.
Zie *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, 2008, aanbeveling nr. 57.3, (www.raadvst-consetat.be), tab "Wetgevingstechniek".

dienst zo op te richten "dat de financiering van de exploitatie van de openbare dienst zoals beschreven onder § 1, zo min mogelijk ten laste van de gebruikers moet vallen" ⁽⁵⁾.

In de commentaar bij deze bepaling wordt het volgende gepreciseerd:

"Tenslotte wordt nog vereist dat de financiering van de openbare dienst minstens ten dele zal bestaan uit een vergoeding die verhaald wordt op de gebruikers ervan".

De voorliggende bepaling moet worden herzien om de bedoeling op dat punt van de steller ervan duidelijker tot uiting te brengen. Er moet eveneens voor gezorgd worden dat de Franse en de Nederlandse versie met elkaar overeenstemmen.

Voor het overige wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 1.

⁽⁵⁾ De Franse tekst van deze bepaling luidt zijnerzijds : "et en mettant le financement de l'exploitation au minimum à charge des usagers du service public tel que décrit au § 1".

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. Y. CHAUFFOUREAUX, auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

C. GIGOT

P. LIÉNARDY