



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 58.623/1
van 27 januari 2016

avis 58.623/1
du 27 janvier 2016

over

sur

een voorontwerp van wet
‘betreffende de
concessieovereenkomsten’

un avant-projet de loi ‘relative
aux contrats de concession’

Op 8 december 2015 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van dertig dagen, verlengd tot 22 januari 2016, een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet ‘betreffende de concessieovereenkomsten’.

Het voorontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 14 januari 2016. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wilfried VAN VAERENBERGH en Wouter PAS, staatsraden, Marc RIGAUX en Michel TISON, assessoren, en Leen VERSCHRAEGHEN, toegevoegd griffier.

Het verslag is uitgebracht door Jonas RIEMSLAGH, adjunct-auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Wouter PAS, staatsraad.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 27 januari 2016.

*

Le 8 décembre 2015, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 22 janvier 2016, sur un avant-projet de loi ‘relative aux contrats de concession’.

L'avant-projet a été examiné par la première chambre le 14 janvier 2016. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wilfried VAN VAERENBERGH et Wouter PAS, conseillers d'État, Marc RIGAUX et Michel TISON, assesseurs, et Leen VERSCHRAEGHEN, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Jonas RIEMSLAGH, auditeur adjoint.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise de l'avis a été vérifiée sous le contrôle de Wouter PAS, conseiller d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 janvier 2016.

*

STREKKING VAN HET VOORONTWERP

1. Het om advies voorgelegde voorontwerp van wet strekt ertoe de belangrijkste regels vast te leggen inzake de plaatsing van concessieovereenkomsten.

Een concessie wordt gedefinieerd als een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij één of meer aanbesteders werken laten uitvoeren of diensten laten verrichten door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestaties bestaan uit het recht om het werk of de dienst te exploiteren, in voorkomend geval samen met de betaling van een vergoeding. Essentieel is dat het exploitatierisico overgaat op de concessiehouder.

In hoofdzaak strekt het ontwerp daarbij tot de gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten'. In tegenstelling tot de vroegere richtlijnen inzake overheidsopdrachten¹, die slechts een summiere regeling inzake de concessies voor openbare werken in de zogenaamde klassieke sectoren bevatten, bevat richtlijn 2014/23/EU een afzonderlijke regeling voor de plaatsing van concessieovereenkomsten.

Naast de omzetting van richtlijn 2014/23/EU bevat het ontwerp ook regels voor bepaalde concessieovereenkomsten die niet onder het toepassingsgebied van richtlijn 2014/23/EU vallen omdat de geraamde waarde van de concessie lager is dan het Europese drempelbedrag.

Het ontwerp bevat tevens de omzetting van enkele richtlijnbepalingen inzake energie-efficiëntie² en de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen³.

Het om advies voorgelegde ontwerp bestaat uit zeven titels. De eerste titel bevat algemene bepalingen en definities. Titel twee bepaalt het toepassingsgebied van de wet. Titel drie bevat de algemene regels, waaronder de beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie, transparantie en vrije mededinging, onpartijdigheid, vertrouwelijkheid, elektronische communicatie, de raming van de waarde van concessies en de looptijd van concessies. Titel vier regelt de plaatsing van concessieovereenkomsten. Titel vijf omvat de regels betreffende de uitvoering van concessieovereenkomsten. Titel zes bevat een regeling inzake toezicht en rapportage. Titel zeven bevat wijzigings- en opheffingsbepalingen en diverse bepalingen, waarmee onder meer de inwerkingtreding wordt geregeld.

¹ Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 'houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten'; 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'.

² Artikel 6 van richtlijn 2012/27/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 'betreffende energie-efficiëntie, tot wijziging van richtlijnen 2009/125/EG en 2010/30/EU en houdende intrekking van de richtlijnen 2004/8/EG en 2006/32/EG'.

³ Artikel 7 van richtlijn 2009/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 'tot vaststelling van minimumnormen inzake sancties en maatregelen tegen werkgevers van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen'.

BEVOEGDHEID

2.1. Artikel 6, § 1, VI, derde en vierde lid, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (BWHI) bepaalt:

“In economische aangelegenheden oefenen de Gewesten hun bevoegdheden uit met inachtneming van de beginselen van het vrije verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische unie en de monetaire eenheid, zoals vastgesteld door of krachtens de wet, en door of krachtens de internationale verdragen.

De nationale overheid is met dit doel bevoegd om algemene regels vast te stellen inzake :

1° de overheidsopdrachten;
(...)”.

Over deze bepaling oordeelde het Grondwettelijk Hof meermaals dat de federale bevoegdheid inzake overheidsopdrachten in een dubbel opzicht is beperkt: ze slaat enkel op het vaststellen van de algemene regels en ze mag slechts worden uitgeoefend met het enkele doel de beginselen opgesomd in artikel 6, § 1, VI, derde lid, BWHI te waarborgen.⁴

2.2. Uit de parlementaire voorbereiding van de BWHI blijkt dat onder de “algemene regels” inzake overheidsopdrachten onder meer dienden te worden verstaan de beginselen vervat of uitgewerkt in de wet van 14 juli 1976 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ en in de besluiten genomen ter uitvoering van die wet.⁵ De desbetreffende beginselen zijn thans terug te vinden in de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

Aangenomen moet worden dat het begrip “overheidsopdrachten” zoals bedoeld in artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 1°, BWHI, eveneens de concessieovereenkomsten omvat zoals geregeld door het ontwerp. Beide rechtsfiguren zijn immers zeer verwant en hebben beide betrekking op de verwerving van werken, goederen en diensten door aanbestedende overheden en instanties.

De concessies werden tot op heden, zij het in zeer beperkte mate, geregeld in de ‘openvolgende’ wetten van 14 juli 1976 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’⁶, van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en

⁴ GwH 23 april 1992, nr. 32/92, B.3.2; GwH 23 december 1992, nr. 79/92, B.2; GwH 18 januari 1996, nr. 6/96, B.2.2.

⁵ Verslag namens de Commissie voor de herziening van de Grondwet, voor de institutionele hervormingen en voor de regeling van conflicten, *Parl. St. Kamer* 1988, nr. 516/6, 126-127. Zie ook: GwH 23 april 1992, nr. 32/92, B.3.3; GwH 23 december 1992, nr. 79/92, B.3; GwH 18 januari 1996, nr. 6/96, B.2.3. Zie ook J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, 1999, pp. 763-764, nr. 45-48.

⁶ Zo bepaalde artikel 5, eerste lid, van de wet van 14 juli 1976: “Geen overheidsopdracht mag bij wege van een promotieovereenkomst of van een concessieovereenkomst worden gegund dan in de voorwaarden vastgesteld bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit.”

diensten'⁷ en van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten'⁸. Bovendien maakten de (zij het beperkte) regels voor de plaatsing van bepaalde concessies in het verleden deel uit van de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten.⁹

2.3. De bepalingen van het om advies voorgelegde ontwerp kunnen worden beschouwd als algemene regels in de zin van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, BWHI, en behoren derhalve tot de bevoegdheid van de federale overheid.

De bevoegdheid van de federale overheid om de "algemene regels" vast te stellen moet begrepen worden in samenhang met de bevoegdheid van de gemeenschappen en de gewesten om aanvullende regels inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten vast te stellen, binnen de aangelegenheden die tot hun bevoegdheid behoren. Die aanvullende regels mogen echter niet afwijken van de algemene regels, tenzij daarvoor een beroep kan worden gedaan op de impliciete bevoegdheden, bedoeld in artikel 10 BWHI.¹⁰

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Algemene opmerkingen

3. In diverse bepalingen van het ontwerp wordt verwezen naar EU-richtlijnen of bepalingen ervan.¹¹

Naar luid van artikel 288, derde alinea, van het Verdrag 'betreffende de werking van de Europese Unie' is "[e]en richtlijn (...) verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch [wordt] aan de nationale instanties (...) de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen". Een Europese richtlijn is derhalve bestemd voor de lidstaten, die verplicht zijn ze om te zetten, dat wil zeggen de nodige regels daartoe op te nemen in hun interne recht.

⁷ Zo bepaalde artikel 24 van de wet van 24 december 1993, zoals aangevuld met een tweede lid bij de wet van 23 december 2005:

"Een concessie voor openbare werken mag toegekend worden onder de voorwaarden bepaald door de Koning.

In de zin van deze wet verstaat men onder concessie voor openbare werken : overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor werken, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij in uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs."

⁸ Zo bepaalt artikel 34, § 1, van de wet van 15 juni 2006: "Een concessie voor openbare werken mag worden toegekend onder de voorwaarden bepaald door de Koning."

⁹ Zie randnummer 1 van dit advies.

¹⁰ Adv.RvS 38.703/1/V van 6 september 2005 over een ontwerp dat heeft geleid tot de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', nr. 4, met verwijzingen naar: Memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de bijzondere wet van 8 augustus 1988, *Parl.St.*, Kamer 1988, nr. 516/1, 10; GwH 23 april 1992, nr. 32/92, B.3.4; GwH 23 december 1992, nr. 79/92, B.3.c; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Antwerpen, 1999, p. 763, nr. 45. Zie ook: J. VANPRAET, *De latente staatsvorming*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 70.

¹¹ Dat is het geval in artikel 6, 4° en 5°, artikel 12, § 5, artikel 14 en artikel 68, f), van het ontwerp.

Wanneer naar verplichtingen of regels die voortvloeien uit een richtlijn wordt verwezen, dient derhalve in de regel gewag te worden gemaakt van de internrechtelijke regels waarbij de betrokken richtlijn of richtlijnbeplating is omgezet. Voor zover die omzetting nog niet heeft plaatsgevonden, dient de relevante inhoud van de richtlijnbeplatingen in het ontwerp zelf te worden overgenomen.

4. Het gebruik van het begrip “lidstaat” in de tekst van het ontwerp moet aan een bijkomend onderzoek worden onderworpen. In sommige beplatingen is het gebruik van dat begrip correct¹², in andere beplatingen daarentegen lijkt dat begrip te moeten worden vervangen door een aan het interne recht aangepast begrip¹³.

Daarnaast moet worden vastgesteld dat het begrip “lidstaat” niet is gedefinieerd. Hetzelfde geldt voor het begrip “derde land”.¹⁴

5. In hoofdstuk 3 van titel 2 van het ontwerp moet in verscheidene beplatingen het woord “gunnen” vervangen worden door het woord “plaatsen”. De gunning is immers, zoals gedefinieerd in artikel 2, 16°, van het ontwerp, beperkt tot de beslissing van de aanbesteder om de gekozen inschrijver aan te wijzen. Het ontwerp moet op dit punt worden nagekeken en aangepast.

Om taalkundige redenen moet in verscheidene beplatingen van het ontwerp melding worden gemaakt van “nadere regels” of, in voorkomend geval, “voorwaarden” en niet van “modaliteiten”.¹⁵

Bijzondere opmerkingen

Artikel 2

6. In de eerste zin van artikel 2, 2°, van het ontwerp wordt een overheidsbedrijf gedefinieerd als “elke onderneming die een activiteit bedoeld in bijlage II van deze wet uitoefent waarop de aanbestedende overheden rechtstreeks of onrechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of in de onderneming geldende voorschriften”.

Hoewel die bewoordingen overeenstemmen met artikel 2, 2°, van de wet van 15 juni 2006 dienen de woorden “in de onderneming geldende voorschriften” te worden vervangen door de woorden “de op de onderneming van toepassing zijnde voorschriften”, teneinde die beplating beter in overeenstemming te brengen met artikel 7, lid 4, van richtlijn 2014/23/EU en met de Franse tekst van het ontwerp.

¹² Zo bijvoorbeeld in artikel 16, 2°, en artikel 30, § 1, eerste lid, van het ontwerp.

¹³ Bijvoorbeeld in artikel 4, 2°, tweede lid, van het ontwerp.

¹⁴ Het begrip “derde land” komt voor in artikel 5, § 2, 1°, a), artikel 6, 4°, a), artikel 11, artikel 15, artikel 16, 4°, artikel 50, § 1, eerste lid, 7°, en derde lid.

¹⁵ Het begrip “modaliteiten” komt voor in artikel 46, § 1, tweede lid, artikel 48, § 4, artikel 54, § 2, artikel 56, eerste lid en artikel 57, tweede lid, van het ontwerp.

7. Artikel 2, 3°, van het ontwerp bevat de definitie van het begrip “privaatrechtelijk[e] persoon die [geniet van] bijzondere of exclusieve rechten”. Die bepaling zet artikel 7, lid 1, c), en lid 3, van richtlijn 2014/23/EU om. In de betrokken richtlijnbeepaling is er echter sprake van “instanties” waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend. De vraag rijst waarom deze categorie in het ontwerp wordt beperkt tot personen met een privaatrechtelijk karakter. Het valt immers niet uit te sluiten dat een publiekrechtelijke entiteit bijzondere of exclusieve rechten geniet en tegelijkertijd niet onder het begrip “aanbestedende overheid” (artikel 2, 1°, van het ontwerp) of “overheidsbedrijf” (artikel 2, 2°, van het ontwerp) valt. Zelfs indien dergelijk voorbeeld in de actuele Belgische context niet kan worden gevonden, dient rekening te worden gehouden met de mogelijkheid dat een buitenlandse rechtspersoon met een publiekrechtelijk karakter in België van bijzondere of uitsluitende rechten geniet.¹⁶ Dergelijke rechtspersoon zou, in afwijking van de voornoemde richtlijn, niet onder de toepassing van de ontworpen wet vallen.

Het is raadzaam om de verwijzing naar het privaatrechtelijke karakter in de definitie in artikel 2, 3°, van het ontwerp te schrappen. Als mogelijke alternatieven kan worden overwogen om melding te maken van een “persoon die geniet van bijzondere of exclusieve rechten” of van een “entiteit die geniet van bijzondere of exclusieve rechten”.

8. Gelet op artikel 7, lid 2, b), van richtlijn 2014/23/EU is het wenselijk dat in de Nederlandse tekst van artikel 2, 3°, derde lid, b), van het ontwerp de woorden “adequate voorafgaande transparantie” worden vervangen door “toereikende voorafgaande transparantie”.

9. In artikel 2, 13°, dat de definitie van het begrip “concessiedocument” bevat, is onder meer sprake van “de formaten voor de indiening van documenten door kandidaten en inschrijvers”. In artikel 5, punt 12, van richtlijn 2014/23/EU is echter sprake van “formats voor de presentatie van documenten door gegadigden en inschrijvers”. Omwille van de duidelijkheid verdient het aanbeveling de Nederlandse terminologie van de richtlijn te gebruiken.

10. Artikel 2, 23°, van het ontwerp definieert het begrip “Verdrag” als het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

In verscheidene bepalingen van het ontwerp wordt echter voluit verwezen naar het “Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie”. Daarnaast is in artikel 9 van het ontwerp sprake van “de verdragen”, terwijl in artikel 17 van richtlijn 2014/23/EU, dat onder meer in artikel 9 van het ontwerp wordt omgezet, sprake is van “het Verdrag”.

Het is raadzaam alle verwijzingen naar “het Verdrag” en “de verdragen” in het ontwerp nauwkeurig te controleren. Indien er voor gekozen wordt de definitie in artikel 2, 23°, van het ontwerp aan te passen (bijvoorbeeld door haar uit te breiden tot de “verdragen” waaronder ook het “Verdrag betreffende de Europese Unie” zou moeten worden begrepen), moet er rekening mee gehouden worden dat in het ontwerp meermaals wordt verwezen naar “artikel 346 van het Verdrag”.

¹⁶ Bij wijze van voorbeeld kan erop gewezen worden dat de Franse spoorwegmaatschappij SNCF de rechtsvorm van een “établissement public à caractère industriel et commercial” heeft.

Artikel 3

11. Artikel 3 van het ontwerp bepaalt dat de ontworpen wet in bepaalde gevallen slechts van toepassing is indien een door de Koning vastgestelde drempel wordt overschreden.

Wat de concessies voor diensten betreft is de wet slechts van toepassing zodra de waarde van de concessie de door de Koning vast te stellen drempel bereikt.

Zowel uit de memorie van toelichting¹⁷ als uit een bijkomende verklaring van de gemachtigde¹⁸ blijkt dat de wet, wat de concessies voor werken betreft, van toepassing is ten aanzien van aanbestedende overheden en van overheidsbedrijven die handelen in het kader van hun taken van openbare dienst, ongeacht de waarde van de concessie en “ongeacht (...) in het kader waarvan zij hun concessies plaatsen, dat wil zeggen met inbegrip van de concessies geplaatst op het gebied van en voor de in bijlage II bedoelde activiteiten”¹⁹. Ten aanzien van andere entiteiten, met name overheidsbedrijven die niet handelen in het kader van hun taken van openbare dienst en de zogenaamde “privaatrechtelijke personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten”, is de wet slechts van toepassing op concessies voor werken indien een door de Koning vast te stellen drempel wordt bereikt.

Artikel 3, § 1, derde lid, van het ontwerp bepaalt echter:

“Daarenboven is deze wet, wat de concessies voor werken en diensten betreft die worden geplaatst voor een van de in bijlage II bedoelde activiteiten door aanbestedende entiteiten en overheidsbedrijven wanneer deze laatste niet optreden in het kader van hun taken van openbare dienst in de zin van een wet, een decreet of een ordonnantie, slechts van toepassing voor zover de waarde van de concessie gelijk is aan of hoger dan de door de Koning bepaalde drempel.”

Vooreerst is de verwijzing naar concessies voor diensten in deze bepaling overbodig, aangezien artikel 3, § 1, tweede lid, van het ontwerp reeds bepaalt dat voor deze concessies de waarde gelijk aan of hoger dan het vastgestelde drempelbedrag dient te zijn. Met het oog op duidelijke regelgeving is het raadzaam dat artikel 3, § 1, derde lid, van het ontwerp enkel betrekking heeft op concessies voor werken.

Daarnaast moet vastgesteld worden dat de ontworpen bepaling niet de draagwijdte heeft die de memorie van toelichting en de verklaring van de gemachtigde eraan geven. Aangezien het begrip “aangebestedende entiteit”, overeenkomstig artikel 2, 4°, van het ontwerp ook

¹⁷ Memorie van toelichting bij het voorontwerp, 18-19.

¹⁸ De gemachtigde verklaarde hieromtrent:

“Er is een enkel drempelwaarde die door de Koning moet bepaald worden, (m.n. de drempelwaarde van de richtlijn 2014/23/UE (5,186,000.00)) die de toepassing van de wet oplegt voor (i) de concessies van diensten en (ii) de concessies van werken van de privaatrechtelijke personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten (alsook de overheidsbedrijven die buiten hun taken van openbare dienst handelen).

De concessies van werken van de aanbestedende overheden (alsook van de overheidsbedrijven die in het kader van hun taken van openbare dienst handelen) zijn altijd onderworpen aan de wet, ongeacht hun waarde. In dit laatste geval bepaalt de 5,186,000,00 drempelwaarde enkel de verplichting om een aankondiging van concessie op Europees niveau te publiceren.”

¹⁹ Memorie van toelichting bij het voorontwerp, 18.

“de aanbestedende overheden wanneer ze een concessie verlenen in het kader van de uitoefening van een van de in bijlage II bedoelde activiteiten” omvat, zal de in artikel 3, § 1, derde lid, vervatte toepassingsdrempel eveneens van toepassing zijn op aanbestedende overheden die handelen in het kader van deze activiteiten. De bewoordingen van artikel 3, § 1, derde lid, van het ontwerp dienen bijgevolg in overeenstemming te worden gebracht met de bedoeling van de stellers van het ontwerp.

Artikel 4

12. Artikel 4, 3°, van het ontwerp omvat de omzetting van artikel 10, lid 9, van richtlijn 2014/23/EU. Deze bepaling van de richtlijn houdt in dat de richtlijn niet van toepassing is op “concessies voor loterijen, die onder CPV-code 92351100-7 vallen, en die door een lidstaat aan een ondernemer zijn gegund op basis van een uitsluitend recht”. Daarbij wordt uitdrukkelijk bepaald dat het begrip “uitsluitend recht” geen betrekking heeft op de “bijzondere of uitsluitende rechten” bedoeld in artikel 7, lid 2, van de richtlijn.

Artikel 4, 3°, van het ontwerp bevat echter geen dergelijke bepaling over de draagwijdte van het gehanteerde begrip “exclusief recht”, al wordt in de memorie van toelichting wel aangegeven dat het begrip “alleenrecht” niet overeenstemt met het begrip zoals gebruikt in artikel 2, 3°, van het ontwerp.²⁰ Om verwarring te vermijden, moet de tekst van artikel 4, 3°, van het ontwerp worden verduidelijkt zodat er uit blijkt dat het erin vermelde “exclusief recht” niet overeenstemt met het gelijkkluidende begrip in artikel 2, 3°, van het ontwerp.

Artikel 5

13. In artikel 5, § 2, 1°, a), van het ontwerp wordt verwezen naar “het secretariaat van de Commissie voor de overheidsopdrachten”. Dit orgaan wordt echter niet gedefinieerd in het ontwerp. Dit kan gebeuren door een verwijzing naar het koninklijk besluit van 10 maart 1998 ‘tot inrichting van de Commissie voor de overheidsopdrachten’.²¹

Artikel 6

14. Artikel 6, 2°, van het ontwerp omvat de gedeeltelijke omzetting van artikel 10, lid 8, b), van richtlijn 2014/23/EU. De definities van de in deze bepaling gehanteerde begrippen (“audiovisuele mediadiensten”, “aanbieders van mediadiensten”, “programma” en “programmamateriaal”) worden echter niet omgezet, al hebben deze eveneens een normerende waarde. Het is wenselijk om ook de definities om te zetten in het ontwerp.

²⁰ Memorie van toelichting bij het voorontwerp, 21-22.

²¹ In dit verband verklaarde de gemachtigde: “Bij nader inzien en teneinde het parallellisme met het wetsontwerp overheidsopdrachten te behouden, zou wellicht beter verwezen worden in dit punt 1° naar het aanspreekpunt waarvan sprake in Titel 4 van voormeld wetsontwerp en de verwijzing naar de Commissie voor de Overheidsopdrachten schrappen.”

15. In de Nederlandse tekst van artikel 6, 4°, d), van het ontwerp wordt het woord “beheerders” beter vervangen door het woord “bewindvoerders”, aangezien uit de ruimere inhoud van die bepaling blijkt dat daarin juridische dienstverlening wordt beoogd waartoe wordt overgegaan op basis van een aanwijzing door een rechterlijke instantie of van rechtswege.²²

Artikel 8

16. De opmerking sub 14 geldt *mutatis mutandis* ten aanzien van artikel 8 van het ontwerp, waarin de definities van de begrippen “openbaar communicatienetwerk” en “elektronischecommunicatienetwerkdienst” zoals vervat in artikel 11, tweede alinea, van richtlijn 2014/23/EU, niet zijn opgenomen.

Artikel 10

17. In artikel 10, 3°, van het ontwerp moeten in de Nederlandse tekst de woorden “niet meer dan 20%” vervangen worden door de woorden “minder dan 20%”, teneinde deze bepaling in overeenstemming te brengen met artikel 17, lid 4, c), van richtlijn 2014/23/EU en de Franse versie van het ontwerp.

Artikel 11

18. In artikel 11 van het ontwerp schrijve men “de Europese Unie” in de plaats van “de Unie”.

Artikel 12

19. Omwille van de eenvormigheid dient in de Nederlandse tekst van artikel 12, § 5, tweede lid, van het ontwerp het woord “instanties” vervangen te worden door het woord “entiteiten”.

Artikel 14

20. Artikel 14 van het ontwerp neemt nagenoeg letterlijk artikel 16 van richtlijn 2014/23/EU over, met inbegrip van de verwijzingen naar de artikelen 34 en 35 van

²² In de Nederlandse tekst van artikel 10, lid 8, d), iv), van richtlijn 2014/23/EU wordt melding gemaakt van “trustees [beheerders]”. In de Nederlandse tekst van artikel 10, d), iv), van de verwante 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’ wordt melding gemaakt van “trustees (beheerders)”. Dit stemt overeen met het begrip “administrateurs légaux” in de Franse tekst van beide richtlijnbevestigingen en van artikel 6, 4°, d), van het ontwerp. Vergelijk in het licht van dat laatste de Franse en de Nederlandse tekst van bepalingen als de artikelen 113 tot en met 117, artikel 488bis, en verschillende artikelen binnen boek I, titel XI, hoofdstuk II/1 (“De l’administration” – “Bewind”) van het Burgerlijk Wetboek.

richtlijn 2014/25/EU²³. Rekening houdend met hetgeen is opgemerkt sub 3 is het wenselijk dat in artikel 14 van het ontwerp wordt verwezen naar de toepasselijke internrechtelijke regels waarbij de betrokken richtlijnbepalingen zijn omgezet.

Artikel 16

21. Artikel 16 van het ontwerp omvat de omzetting van artikel 10, lid 6, van richtlijn 2014/23/EU. Waar er in artikel 10, lid 6, a), van de richtlijn sprake is van “een lidstaat”, wordt in artikel 16, 1°, van het ontwerp enkel verwezen naar “aanbestedende overheden”. Het gevolg hiervan is dat de in artikel 16, 1°, van het ontwerp vervatte uitzondering geen toepassing kan vinden in hoofde van aanbesteders die geen aanbestedende overheid zijn. Hoewel het veeleer theoretisch voorkomt dat aanbesteders die geen aanbestedende overheid zijn zich op de betrokken uitzondering (met betrekking tot essentiële nationale veiligheidsbelangen) kunnen beroepen, valt deze mogelijkheid niet zonder meer uit te sluiten. Daarbij kan worden gewezen op het feit dat de zogenaamde “wet defensie en veiligheid” ook op deze entiteiten van toepassing is.²⁴

22. In artikel 16, 4°, van het ontwerp schrijve men “de Europese Unie” in de plaats van “de Unie”.

Artikel 20

23. In artikel 20, § 2, van het ontwerp dienen de woorden “ons land” vervangen te worden door de woorden “het Rijk”.

Artikel 21

24. Met het oog op de rechtszekerheid is het wenselijk om in artikel 21, eerste lid, van het ontwerp te verduidelijken dat wordt verwezen naar “bijlage II van deze wet”.

Artikel 23

25. In de Nederlandse tekst van artikel 23, § 1, van het ontwerp moet het woord “zowel” worden geschrapt.

²³ Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG’.

²⁴ Artikelen 2, 3°, en 43 van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’.

Artikel 26

26. Artikel 26, § 1, van het ontwerp bevat de omzetting van artikel 35 van richtlijn 2014/23/EU. In artikel 35, eerste alinea, van richtlijn 2014/23/EU is tussen de woorden “teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden” en “en gelijke behandeling van alle gegadigden en inschrijvers te verzekeren” ook sprake van “de transparantie van de gunningsprocedure te waarborgen”. De bepaling inzake de transparantie van de gunningsprocedure ontbreekt echter in artikel 26, § 1, eerste lid, van het ontwerp. Deze bepaling moet worden toegevoegd aan het ontwerp.

27. Zowel in artikel 26, § 1, tweede lid, als in artikel 26, § 2, komen de woorden “met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten” voor. Deze zinsnede dient in beide bepalingen te worden geschrapt, aangezien de figuur van de “aanvullende aankoopactiviteiten”²⁵, in tegenstelling tot wat geldt voor de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, niet voorkomt in richtlijn 2014/23/EU.

Artikel 30

28. De draagwijdte van de in artikel 30, § 2, derde lid, van het ontwerp opgenomen machtiging (“De Koning kan de voorwaarden voor de toepassing van die vereisten bepalen”) is niet duidelijk. Deze machtiging moet worden verduidelijkt. Hiervoor kan gesteund worden op de bewoordingen van artikel 26, lid 2, eerste alinea, laatste zin, van richtlijn 2014/23/EU.²⁶

Artikel 31

29. In artikel 31, § 1, eerste lid, dient het woord “opdracht” telkens te worden vervangen door het woord “concessie”.

Artikel 33

30. De Nederlandse en de Franse tekst van artikel 33, eerste lid, van het ontwerp stemmen niet volledig overeen wat de begrippen “sociale werkplaatsen” en “ateliers protégés” betreft. In de Nederlandse tekst van het ontwerp wordt het best het begrip “beschermde werkplaatsen” gehanteerd, gelet op artikel 24 van richtlijn 2014/23/EU.

²⁵ Dit begrip wordt gedefinieerd in artikel 2, lid 1, punt 15, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 2, lid 1, punt 11, van richtlijn 2014/25/EU.

²⁶ Artikel 26, lid 2, eerste alinea, laatste zin, van richtlijn 2014/23/EU bepaalt: “De lidstaten kunnen standaardvoorwaarden opstellen voor de wijze waarop ondernemers aan deze eisen moeten voldoen.”

Artikel 34

31. In artikel 34, § 1, van het ontwerp zijn de woorden “met uitzondering van de andere bepalingen van titel 4” op het einde van de zin overtoollig. Het is raadzaam deze woorden te schrappen, aangezien ze aanleiding kunnen geven tot verwarring.

32. Artikel 34, § 2, eerste lid, bepaalt dat de aanbesteder een procedure organiseert “overeenkomstig de beginselen van titel 3”. Titel 3 van het ontwerp draagt weliswaar het opschrift “[a]lgemene bepalingen”, maar bepaalde artikels hebben een erg concreet karakter en zijn te specifiek om als “beginsel” te worden beschouwd.²⁷

Ondervraagd omtrent de draagwijdte van de woorden “overeenkomstig de beginselen van titel 3”, verklaarde de gemachtigde:

“Het is wel degelijk de bedoeling dat de bepalingen van titel 3 volledig worden toegepast. Er zou bij nader inzien overwogen kunnen worden om de woorden ‘de beginselen van’ weg te laten om alle twijfel weg te nemen. Aldus zou ‘overeenkomstig titel 3’ behouden blijven.”

Gelet op wat voorafgaat, worden de betrokken woorden het best vervangen door de woorden “met naleving van de bepalingen van titel 3”.

33. Artikel 34, § 2, eerste lid, 2°, van het ontwerp verwijst naar de procedure krachtens de artikelen 50 en 51. De gemachtigde verklaarde dat niet enkel de artikelen 50 en 51 van het ontwerp (inzake de verplichte uitsluitingsgronden) toepassing dienen te vinden, maar dat het ook de bedoeling is dat de enigszins verwante artikelen 53 (corrigerende maatregelen) en 54 (bepalingen van toepassing op combinaties van ondernemingen) toepassing vinden. Deze bedoeling moet dan ook uitdrukkelijk in de tekst van artikel 34, § 2, tot uiting worden gebracht.

Artikel 43

34. Artikel 43, § 1, 2°, eerste lid, c), van het ontwerp bepaalt dat een aanbesteder niet verplicht is om een aankondiging van concessie bekend te maken wanneer de werken of diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken alleen door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht omwille van “de bescherming van andere alleenrechten dan die bedoeld in artikel 2, 3°, met name intellectuele eigendomsrechten”.

In artikel 31, lid 4, c), van richtlijn 2014/23/EU wordt evenwel bepaald dat de vrijstelling van de verplichting ook geldt wanneer er sprake is van een “uitsluitend recht”. Dit is een uitsluitend recht, zoals gedefinieerd in artikel 5, lid 10, van de richtlijn (in het ontwerp omgezet als een “exclusief recht” en gedefinieerd in artikel 2, 3°, tweede lid).

Het ontwerp dient op dit punt te worden aangevuld.

²⁷ Gewezen kan worden op de regeling inzake belangenconflicten (artikel 26), inzake de forfaitaire prijs (artikel 28), inzake betalingen (artikel 29), inzake samenwerkingsverbanden tussen en de rechtsvorm van ondernemingen (artikel 30), inzake communicatiemiddelen (artikel 32), inzake de raming van concessies (artikel 35) en inzake de looptijd van concessies (artikel 37).

35. Artikel 43, § 1, 3°, van het ontwerp dient te worden aangevuld opdat ook artikel 31, lid 5, derde alinea, b), van richtlijn 2014/23/EU zou worden omgezet. Overeenkomstig deze laatste bepaling moet een aanvraag tot deelneming tevens ongeschikt worden bevonden wanneer deze een ongeschikte offerte bevat.

36. Artikel 43, § 2, zesde lid, van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid dat de eventuele minimumeisen in de loop van de onderhandelingen worden gewijzigd “mits inachtneming van de beginselen van gelijkheid en transparantie”. Deze bepaling is enkel van toepassing wanneer de geraamde waarde van de concessie het door de Koning vastgestelde bedrag niet overschrijdt (artikel 43, § 1, 1°, van het ontwerp), waardoor de betrokken concessie buiten het toepassingsgebied van richtlijn 2014/23/EU valt. De bepaling wijkt af van de regel dat de minimumeisen niet mogen worden gewijzigd in de loop van de onderhandelingen, zoals vervat in artikel 46, § 6, van het ontwerp, die haar oorsprong vindt in artikel 37, lid 6, van de richtlijn.

Gelet op de gestrengheid waarmee artikel 43, § 2, zesde lid, van het ontwerp moet worden toegepast opdat voldaan zou zijn aan de beginselen van gelijkheid en transparantie, verdient het aanbeveling om dit duidelijker uit de wetsbepaling te doen blijken. Hiervoor kan inspiratie worden gezocht in artikel 55, § 3, tweede lid, van het ontwerp dat de omzetting vormt van artikel 41, lid 3, tweede alinea, van richtlijn 2014/23/EU.

Op zijn minst moet in de memorie van toelichting worden verduidelijkt dat een wijziging van de minimumeisen van de concessie enkel in overeenstemming met de beginselen van gelijkheid en transparantie kan worden geacht, bij wijze van uitzondering, waarbij de aanbesteder de uitzonderlijke omstandigheden verantwoordt, waarbij de aanbesteder alle inschrijvers op de hoogte brengt en hen uitnodigt tot indiening van een nieuwe offerte en waarbij alle oorspronkelijk geraadpleegde ondernemers over een volwaardige termijn beschikken om een nieuwe offerte in te dienen.

37. In de Nederlandse tekst van artikel 43, § 2, derde lid, dienen tussen “de aanbesteder” en “selectievoorwaarden” de woorden “bepaalt zijn” te worden geschrapt. In de Nederlandse tekst van artikel 43, § 2, vijfde lid, dient het woord “dient” tussen “Niettemin” en “moet” te worden geschrapt.

38. De opmerking gemaakt *sub* 32 geldt ook voor artikel 43, § 2, tweede lid, en artikel 43, §§ 3 en 4, van het ontwerp.

Artikel 45

39. In de Nederlandse tekst van artikel 45, eerste en tweede lid, van het ontwerp wordt de bewoording “langs elektronische weg” gehanteerd. Gelet op de definitie in artikel 2, 12°, van het ontwerp en op artikel 34 van richtlijn 2014/23/EU, is het beter om dit telkens te vervangen door de woorden “met elektronische middelen”.

Artikel 46

40. Artikel 46, § 2, van het ontwerp bepaalt dat onder meer “de gunningscriteria” opgenomen dienen te worden in de concessieaankondiging, de uitnodiging tot indiening van een offerte of de overige concessiedocumenten. In artikel 37, lid 2, b), van richtlijn 2014/23/EU is echter sprake van “een beschrijving van de gunningscriteria”.

Rekening houdend met de rechtspraak van het Hof van Justitie, op basis waarvan ook transparantie inzake subgunningscriteria en afwegingsregels vereist is²⁸, verdient het aanbeveling dat het ontwerp aansluit bij de bewoordingen van de richtlijn en spreekt van “een beschrijving van de gunningscriteria”.

Artikel 50

41. Artikel 50, § 1, derde lid, van het ontwerp bevat een van het eerste lid van die paragraaf “afwijkende” regeling met betrekking tot de tewerkstelling van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen. Vraag is of in het geval van die afwijkende regeling ook, zoals in het eerste lid, toepassing kan worden gemaakt van artikel 53 van het ontwerp, en wat in dat geval wordt begrepen onder “maatregelen” als bedoeld in artikel 53, derde lid, van het ontwerp. Artikel 50, § 1, derde lid, van het ontwerp dient op dit punt te worden verduidelijkt.

42. Indien het de bedoeling van de stellers van het ontwerp is dat artikel 50, § 1, vierde lid, van het ontwerp ook van toepassing is op het geval bedoeld in artikel 50, § 1, derde lid, van het ontwerp, moet de redactie van de eerstgenoemde bepaling worden aangepast.

Artikel 51

43. Artikel 51, § 1, eerste lid, 2°, van het ontwerp bepaalt dat een kandidaat of inschrijver die niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen niet kan worden uitgesloten “wanneer de kandidaat of inschrijver kan aantonen dat hij op een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf een of meer schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn. Deze schuldvorderingen moeten ten minste gelijk zijn aan de achterstallige afbetaling van de fiscale of sociale schulden verminderd met het door de Koning in uitvoering van de bepaling in punt 1° vastgestelde bedrag”.

Artikel 38, lid 6, van de richtlijn laat de lidstaten toe om te voorzien in bepaalde afwijkingen van de uitsluitingsgrond inzake belastings- en socialezekerheidsschulden “indien een uitsluiting kennelijk onevenredig zou zijn”.

²⁸ Volgens het Hof van Justitie vereisen de beginselen van gelijkheid en transparantie “dat alle elementen die door de aanbestedende dienst in aanmerking worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbidding, alsook het relatieve gewicht van deze criteria, bij de potentiële inschrijvers bekend zijn wanneer deze hun offertes voorbereiden. (...) Derhalve kan een aanbestedende dienst geen afwegingsregels of subcriteria voor de gunningscriteria toepassen die hij niet vooraf ter kennis van de inschrijvers heeft gebracht”, HvJ 24 januari 2008, C-532/06, *Lianakis*, nr. 36 en 38.

Artikel 51, § 1, eerste lid, 2°, van het ontwerp staat de afwijking van de uitsluitingsgrond enkel toe indien de kandidaat of inschrijver schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover derden zijn, én indien het schuldvorderingen betreft op “een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf”.

De Raad van State, afdeling Wetgeving, ziet niet hoe deze laatste voorwaarde als een pertinente en adequate voorwaarde kan gelden waarop een verschil in behandeling kan gesteund worden tussen kandidaten of inschrijvers die over zekere en opeisbare schuldvorderingen ten aanzien van derden beschikken. De voorwaarde dat het moet gaan om schuldvorderingen ten aanzien van een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf moet dan ook uit het ontwerp worden weggelaten.

Artikel 52

44. De Nederlandse en de Franse tekst van de inleidende zin van artikel 52, eerste lid, van het ontwerp stemmen niet overeen. In de Franse tekst is sprake van “le pouvoir adjudicateur” (de aanbestedende overheid), terwijl de Nederlandse tekst spreekt van “de aanbesteder”.

De gemachtigde stelt voor de Nederlandse tekst aan de Franse tekst aan te passen. De andere types aanbesteders kunnen dan, op grond van artikel 52, vierde lid, vrij kiezen of zij de facultatieve uitsluitingsgronden al dan niet toepassen. Deze werkwijze is analoog aan de opbouw van de artikelen 50 en 51 inzake de verplichte uitsluitingsgronden.

Aangezien artikel 52 evenwel de facultatieve uitsluitingsgronden betreft, verdient het aanbeveling om in de inleidende zin van artikel 52, eerste lid, van het ontwerp in beide talen het begrip “aangebesteder” te hanteren en om artikel 52, vierde lid, te schrappen.²⁹

45. Artikel 52, eerste lid, 5° en 6°, van het ontwerp, bepalen facultatieve uitsluitingsgronden die de aanbesteder kan laten gelden, indien aan de uitsluitingsgrond “niet kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen”.

De formulering van artikel 52, eerste lid, 5°, van het ontwerp stemt overeen met artikel 38, lid 7, d), van richtlijn 2014/23/EU. Niettemin rijst in beide gevallen de vraag of, ingeval niet met minder ingrijpende maatregelen aan het belangenconflict of aan de vertekening van de mededinging kan worden verholpen, de aanbesteder “kan” dan wel “moet” overgaan tot uitsluiting van de kandidaat of inschrijver.

Bovendien rijst de vraag of artikel 52, derde lid, van het ontwerp toepassing kan vinden op deze uitsluitingsgronden.

Het verdient aanbeveling het antwoord op deze vragen weer te geven in de memorie van toelichting.

²⁹ Ook artikel 38, lid 7, van richtlijn 2014/23/EU is op die wijze geformuleerd.

Artikel 54

46. Krachtens artikel 54, § 2, bepaalt de Koning de nadere regels “voor de controle van de uitsluitingsgronden bedoeld in de artikelen 50 tot 52”.

Artikel 54, § 1, betreft de combinaties van ondernemingen, en is ondergebracht onder een opschrift “Bepalingen van toepassing op combinaties van ondernemingen”. Uit de toelichting verschaft door de gemachtigde blijkt evenwel dat de machtiging in artikel 54, § 2, een algemene draagwijdte beoogt te hebben, en dus niet enkel betrekking heeft op combinaties van ondernemingen, maar ook op individuele ondernemingen. De inhoud van artikel 54, § 2, van het ontwerp wordt dan ook het best in een afzonderlijk artikel opgenomen, waaruit dan de algemene draagwijdte van de bepaling blijkt.

Artikel 55

47. Artikel 55, § 2, derde lid, van het ontwerp bepaalt onder meer dat de aanbesteder de regelmatigheid van de offerte onderzoekt. Aangezien artikel 55 handelt over de gunningscriteria, aangezien artikel 46, § 1, 1°, over de regelmatigheid van de offertes handelt, en aangezien het regelmatigheidsonderzoek in beginsel los staat van de vaststelling en de beoordeling van de gunningscriteria, verdient het aanbeveling de bepaling van artikel 55, § 2, derde lid, op te nemen in artikel 46, § 1, van het ontwerp.

Artikel 59

48. Artikel 59, § 1, van het ontwerp bepaalt dat “[d]eze titel (lees: dit artikel) (...) van toepassing [is] op de concessies waarvan het bedrag gelijk is aan of hoger is dan de in artikel 3 bedoelde drempel”.

De verwijzing naar de in artikel 3 bedoelde drempel is niet voldoende duidelijk. Artikel 3 van het ontwerp regelt immers twee drempels, namelijk in artikel 3, § 1, tweede lid, en in artikel 3, § 1, derde lid. De tekst van het ontwerp moet duidelijk aangeven welke in artikel 3 bedoelde drempel of drempels worden beoogd.

49. De definitie van het begrip “KMO” die geldt voor de toepassing van het eerste lid van artikel 59, § 3, van het ontwerp dient te worden weergegeven in de tekst van het ontwerp. Er wordt ter wille van de begrijpelijkheid en de toegankelijkheid van de ontworpen regeling het best niet volstaan met louter een verwijzing naar de definitie vervat in “[a]nbeveling 2003/361/EG van de Commissie”, zoals in artikel 59, § 3, tweede lid, van het ontwerp gebeurt.

Artikel 68

50. In artikel 68, a), b) en c), van het ontwerp dienen in de Nederlandse tekst de woorden “het eerste artikel” vervangen te worden door “artikel 1”. In de Nederlandse tekst van artikel 68, e), van het ontwerp dienen in het ontworpen artikel 3 van de wet van 20 maart 1991

‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ de woorden “in het eerste lid” ingevoegd te worden tussen “bedoeld” en “niet overschrijdt”.

Artikel 69

51. Artikel 69 van het ontwerp bepaalt dat de wet in werking treedt op een door de Koning te bepalen datum, met uitzondering van artikel 69, dat in werking treedt op de datum van bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*.

Ermee rekening houdend dat de ontworpen regeling strekt tot het omzetten in het interne recht van bepalingen van een Europese richtlijn betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten en dat die bepalingen vóór 18 april 2016 moeten worden omgezet, verdient het aanbeveling om in artikel 69 van het ontwerp te vermelden dat de Koning de datum van inwerkingtreding van de ontworpen wet vaststelt, met dien verstande dat de wet uiterlijk op 18 april 2016 in werking treedt.³⁰

Bijlage II

52. Het opschrift van de bijlage II van het ontwerp vermeldt “overheidsbedrijven” en de “privaatrechtelijke personen die bijzondere of alleenrechten genieten”.

Gelet op het toepassingsgebied van deze bijlage, dient evenwel verwezen te worden naar de “aanbestedende entiteit”, zoals gedefinieerd in artikel 2, 4°, van het ontwerp.

53. In de Nederlandse tekst van bijlage II is sprake van “alleenrechten” (bijvoorbeeld in onderdeel 1, b), tweede lid), terwijl in de rest van het ontwerp dit begrip, wat de Nederlandse tekst betreft, steeds is omgezet als “exclusief recht”, zoals blijkt uit de definitie in artikel 2, 3°, tweede lid, van het ontwerp. De terminologie in de bijlage moet in overeenstemming worden gebracht met de rest van het ontwerp.

54. De verwijzing naar “artikel 2, 4), van deze wet” dient telkens vervangen te worden door een verwijzing naar “artikel 2, 4°, van deze wet”.

Bijlage V

55. In de achtste rij van bijlage V van het ontwerp moeten de woorden “artikel 8, lid 4)” vervangen worden door “artikel 6, 4°”, en in de elfde rij de woorden “artikel 8, lid 7)” door “artikel 6, 7°”.

*

³⁰ Beginselen van de Wetgevingstechniek. Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten, Raad van State, 2008, nrs. 154.1 en 154.1.1 en formule F 4-5-2-1.

PORTÉE DE L'AVANT-PROJET

1. L'avant-projet de loi soumis pour avis a pour objet de fixer les règles essentielles en matière de passation de contrats de concession.

La concession est définie comme étant un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient l'exécution de travaux ou la prestation de services à un ou plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant dans le droit d'exploiter les ouvrages ou les services, le cas échéant accompagné du paiement d'une rémunération. La caractéristique essentielle en est le transfert du risque d'exploitation au concessionnaire.

À cet effet, le projet vise principalement à transposer partiellement la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur l'attribution de contrats de concession'. Contrairement aux directives antérieures relatives aux marchés publics ¹, qui ne réglaient que sommairement les concessions de travaux publics dans les secteurs dits classiques, la directive 2014/23/UE prévoit un régime distinct pour la passation de contrats de concession.

Outre la transposition de la directive 2014/23/UE, le projet règle également certains contrats de concession qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive 2014/23/UE, la valeur estimée de la concession étant inférieure au seuil européen.

Le projet prévoit encore la transposition de quelques dispositions de directives relatives à l'efficacité énergétique ² et à l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ³.

Le projet soumis pour avis est constitué de sept titres. Le premier contient des dispositions générales et des définitions. Le titre 2 définit le champ d'application de la loi. Le titre 3 énonce les règles générales, dont les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de transparence et de libre concurrence, d'impartialité, de confidentialité, de communication électronique, l'estimation de la valeur des concessions et la durée des concessions. Le titre 4 règle la passation des contrats de concession. Le titre 5 comprend les règles relatives à l'exécution des contrats de concession. Le titre 6 prévoit un régime en matière de contrôle et d'établissement de rapports. Le titre 7 contient des dispositions modificatives et abrogatoires ainsi que diverses dispositions, qui règlent notamment l'entrée en vigueur.

¹ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 'portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux'; 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'.

² Article 6 de la directive 2012/27/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 'relative à l'efficacité énergétique, modifiant les directives 2009/125/CE et 2010/30/UE et abrogeant les directives 2004/8/CE et 2006/32/CE'.

³ Article 7 de la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 'prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier'.

COMPÉTENCE

2.1. L'article 6, § 1^{er}, VI, alinéas 3 et 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' (LSRI) dispose ce qui suit :

« En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou en vertu des traités internationaux.

À cette fin, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière :

1° de marchés publics;

(...) ».

Concernant cette disposition, la Cour constitutionnelle a jugé à plusieurs reprises que la compétence fédérale en matière de marchés publics est restreinte à deux égards : elle concerne uniquement la fixation de règles générales et elle ne peut être exercée que dans le seul objectif de garantir les principes énumérés à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, LSRI ⁴.

2.2. Il ressort des travaux préparatoires de la LSRI, que par « règles générales » en matière de marchés publics, il fallait notamment comprendre les principes figurant ou mis au point dans la loi du 14 juillet 1976 'relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services' et dans les arrêtés pris en exécution de cette loi ⁵. Les principes concernés se retrouvent actuellement dans la loi du 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services'.

On peut considérer que la notion de « marchés publics » visée à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 1°, LSRI, englobe aussi les contrats de concession réglés par le projet. En effet, les deux figures de droit sont très proches et portent toutes deux sur l'acquisition de travaux, de biens et de services par des autorités et pouvoirs adjudicateurs.

Jusqu'à présent, les concessions étaient réglées, de manière très limitée, certes, par les lois 'successives' des 14 juillet 1976 'relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services' ⁶, 24 décembre 1993 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services' ⁷ et 15 juin 2006 'relative aux marchés publics et à certains

⁴ C.C., 23 avril 1992, n° 32/92, B.3.2 ; C.C., 23 décembre 1992, n° 79/92, B.2 ; C.C., 18 janvier 1996, n° 6/96, B.2.2.

⁵ Rapport fait au nom de la Commission de révision de la Constitution, des réformes institutionnelles et du règlement des conflits, *Doc. parl.*, Chambre, 1988, n° 516/6, pp. 126-127. Voir également : C.C., 23 avril 1992, n° 32/92, B.3.3 ; C.C., 23 décembre 1992, n° 79/92, B.3 ; C.C., 18 janvier 1996, n° 6/96, B.2.3. Voir aussi J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Anvers, 1999, pp. 763-764, nos 45-48.

⁶ Ainsi, l'article 5, alinéa 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1976 disposait ce qui suit : « Il ne peut être passé de marché public de promotion ou de concession si ce n'est dans les conditions déterminées par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres ».

⁷ Ainsi, l'article 24 de la loi du 24 décembre 1993, complété d'un alinéa 2 par la loi du 23 décembre 2005, énonçait ce qui suit :

« Une concession de travaux publics peut être octroyée dans les conditions déterminées par le Roi.

marchés de travaux, de fournitures et de services’⁸. En outre, les règles (fussent-elles limitées) de passation de certaines concessions faisaient autrefois partie intégrante des directives européennes en matière de marchés publics⁹.

2.3. Les dispositions du projet soumis pour avis peuvent être considérées comme des règles générales au sens de l’article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, LSRI, et relèvent par conséquent de la compétence de l’autorité fédérale.

La compétence de l’autorité fédérale pour fixer les « règles générales » doit être comprise en combinaison avec la compétence des communautés et des régions leur permettant de fixer des règles complémentaires en matière de marchés publics et de contrats de concession dans le cadre des matières qui relèvent de leur compétence. Ces règles complémentaires ne peuvent toutefois pas déroger aux règles générales, sauf s’il peut être recouru aux pouvoirs implicites visés à l’article 10 de la LSRI¹⁰.

EXAMEN DU TEXTE

Observations générales

3. Différentes dispositions du projet font référence à des directives UE ou à des dispositions de celles-ci¹¹.

Selon l’article 288, troisième alinéa, du Traité ‘sur le fonctionnement de l’Union européenne’, « [u]ne directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Une directive européenne est dès lors destinée aux États membres, qui sont obligés de la transposer, c’est-à-dire d’intégrer les règles nécessaires à cet effet dans leur droit interne.

Lorsqu’il est fait référence aux obligations et règles qui découlent d’une directive, il y a lieu, dès lors, en règle de mentionner les règles de droit interne transposant la directive ou la disposition de la directive en question. Pour autant que cette transposition n’ait pas encore été réalisée, le contenu pertinent des dispositions de la directive doit être reproduit dans le projet lui-même.

Au sens de la présente loi, on entend par concession de travaux publics le contrat présentant les mêmes caractéristiques qu’un marché public de travaux, à l’exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d’exploiter l’ouvrage, soit dans ce droit assorti d’un prix ».

⁸ Ainsi, l’article 34, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 dispose ce qui suit : « Une concession de travaux publics peut être octroyée dans les conditions fixées par le Roi ».

⁹ Voir le point 1 du présent avis.

¹⁰ Avis C.E. 38.703/1/V du 6 septembre 2005 sur un projet devenu la loi du 15 juin 2006 ‘relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services’, point 4, avec les références suivantes : exposé des motifs du projet qui a donné lieu à la loi spéciale du 8 août 1988, *Doc. parl.*, Chambre, 1988, n° 516/1, 10 ; C.C., 23 avril 1992, n° 32/92, B.3.4 ; C.C., 23 décembre 1992, n° 79/92, B.3.c ; J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving*, Anvers, 1999, p. 763, n° 45. Voir aussi : J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Bruges, la Charte, 2011, n° 70.

¹¹ Tel est le cas des articles 6, 4° et 5°, 12, § 5, 14 et 68, f), du projet.

4. L'utilisation de la notion d'« État membre » dans le texte du projet doit faire l'objet d'un examen complémentaire. En effet, certaines dispositions font un usage correct de cette notion¹², mais dans d'autres mesures, il semble par contre qu'il y ait lieu d'y substituer une notion adaptée au droit interne¹³.

Par ailleurs, force est de constater que la notion d'« État membre » n'a pas été définie. Il en va de même pour la notion de « pays tiers »¹⁴.

5. Au chapitre 3 du titre 2 du projet, le mot « attribuer », qui figure dans différentes dispositions, doit être remplacé par le mot « passer ». En effet, l'attribution, telle qu'elle est définie à l'article 2, 16°, du projet, est limitée à la décision prise par l'adjudicateur désignant le soumissionnaire retenu. Il faudra vérifier et adapter le projet sur ce point.

Par souci de correction de la langue, dans le texte néerlandais de différentes dispositions du projet, on écrira « nadere regels » ou, le cas échéant, « voorwaarden » et pas « modaliteiten »¹⁵.

Observations particulières

Article 2

6. Dans la première phrase de l'article 2, 2°, du projet, l'entreprise publique est définie comme étant « toute entreprise exerçant une activité visée à l'annexe II de la présente loi sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ».

Bien que cette formulation soit conforme à l'article 2, 2°, de la loi du 15 juin 2006, les mots « in de onderneming geldende voorschriften » seront remplacés par les mots « de op de onderneming van toepassing zijnde voorschriften » dans le texte néerlandais afin de mieux faire concorder cette disposition avec l'article 7, alinea 4, de la directive 2014/23/UE et avec le texte français du projet.

7. L'article 2, 3°, du projet définit la notion de « personne de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ». Cette disposition transpose l'article 7, alinea 1, c), et alinea 3, de la directive 2014/23/UE. La disposition concernée de la directive fait toutefois état d'« entités » auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs sont conférés. La question se pose de savoir pourquoi le projet limite cette catégorie aux personnes de droit privé. En effet, il n'est pas exclu qu'une entité de droit public bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs et ne relève pas pour

¹² Il en est par exemple ainsi des articles 16, 2°, et 30, § 1^{er}, alinea 1^{er}, du projet.

¹³ Par exemple à l'article 4, 2°, alinea 2, du projet.

¹⁴ La notion de « pays tiers » apparaît aux articles 5, § 2, 1°, a), 6, 4°, a), 11, 15, 16, 4°, et 50, § 1^{er}, alinea 1^{er}, 7°, et alinea 3.

¹⁵ La notion de « modaliteiten », dans le texte néerlandais, apparaît aux articles 46, § 1^{er}, alinea 2, 48, § 4, 54, § 2, 56, alinea 1^{er}, et 57, alinea 2, du projet.

autant de la notion de « pouvoir adjudicateur » (article 2, 1°, du projet) ou d'« entreprise publique » (article 2, 2°, du projet). Même si un tel exemple ne peut être trouvé dans le contexte belge actuel, il faut tenir compte de la possibilité qu'une personne morale étrangère présentant un caractère de droit public bénéficie en Belgique de droits spéciaux ou exclusifs¹⁶. Une telle personne morale ne relèverait pas du champ d'application de la loi en projet, et ce en méconnaissance de la directive précitée.

Il est conseillé de supprimer la référence au caractère de droit privé dans la définition de l'article 2, 3°, du projet. On pourrait envisager, comme solutions de remplacement, de faire mention d'une « personne qui bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs » ou d'une « entité qui bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs ».

8. Compte tenu de l'article 7, alinea 2, b), de la directive 2014/23/UE, il est souhaitable, dans le texte néerlandais de l'article 2, 3°, alinéa 3, b), du projet, de remplacer les mots « adequate voorafgaande transparantie » par les mots « toereikende voorafgaande transparantie ».

9. L'article 2, 13°, qui définit la notion de « document de concession », mentionne notamment, dans le texte néerlandais, « de formaten voor de indiening van documenten door kandidaten en inschrijvers ». L'article 5, point 12, de la directive 2014/23/UE fait plutôt état des « formats voor de presentatie van documenten door gegadigden en inschrijvers ». Dans un souci de clarté, il est recommandé d'utiliser la terminologie néerlandaise de la directive.

10. L'article 2, 23°, du projet définit la notion de « Traité » comme étant le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Toutefois, plusieurs dispositions du projet font référence au « Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne » en toutes lettres. En outre, dans le texte néerlandais, l'article 9 du projet mentionne « de verdragen », tandis qu'à l'article 17 de la directive 2014/23/UE, qui est notamment transposé par l'article 9 du projet, il est question de « het Verdrag ».

Il est conseillé de vérifier minutieusement toutes les références au « Traité » (« het Verdrag ») et aux « traités » (« de verdragen ») dans le projet. Si l'on choisit d'adapter la définition à l'article 2, 23°, du projet (par exemple en l'étendant aux « traités », qui incluraient également le « Traité sur l'Union européenne »), il convient de tenir compte du fait que le projet fait plusieurs fois référence à « l'article 346 du Traité ».

Article 3

11. L'article 3 du projet prévoit que, dans certains cas, la loi en projet est uniquement d'application si le seuil fixé par le Roi est dépassé.

¹⁶ À titre d'exemple, on peut citer la société des chemins de fer français SNCF qui a la forme juridique d'un « établissement public à caractère industriel et commercial ».

En ce qui concerne les concessions de services, la loi n'est d'application qu'à partir du moment où la valeur de la concession atteint le seuil à fixer par le Roi.

Il ressort tant de l'exposé des motifs¹⁷ que d'une déclaration complémentaire du délégué¹⁸ qu'en ce qui concerne les concessions de travaux, la loi s'applique à l'égard des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques qui agissent dans le cadre de leurs tâches de service public, indépendamment de la valeur de la concession et « peu importe (...) [le cadre dans lequel] ils passent leurs concessions, c'est-à-dire y inclus les concessions passées dans et pour les activités visées à l'annexe II »¹⁹. À l'égard d'autres entités, notamment les entreprises publiques qui n'agissent pas dans le cadre de leurs tâches de service public et les personnes dites « de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs », la loi ne s'applique aux concessions de travaux que si le seuil fixé par le Roi est atteint.

L'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, du projet dispose pourtant ce qui suit :

« En outre, en ce qui concerne les concessions de travaux et de services qui sont passées pour une des activités visées à l'annexe II par des entités adjudicatrices et des entreprises publiques quand ces dernières n'agissent pas dans le cadre de leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance, la présente loi n'est d'application que pour autant que la valeur de la concession est égale ou supérieure au seuil fixé par le Roi ».

Tout d'abord, la référence aux concessions de services est superflue dans cette disposition, dès lors que l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, du projet prévoit déjà que la valeur de ces concessions doit être égale ou supérieure au seuil fixé. Par souci de clarté de la réglementation, il est conseillé de faire porter l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, du projet uniquement sur les concessions de travaux.

Par ailleurs, force est de constater que la disposition en projet n'a pas la portée que lui donnent l'exposé des motifs et la déclaration du délégué. Dès lors que la notion d'« entité adjudicatrice », conformément à l'article 2, 4°, du projet, inclut également « les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils octroient une concession dans le cadre de l'exercice d'une des activités visées à l'annexe II », le seuil d'application prévu à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, devra aussi s'appliquer aux pouvoirs adjudicateurs qui agissent dans le cadre de ces activités. Il y a donc lieu de conformer la rédaction de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3, du projet à l'intention des auteurs du projet.

¹⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet, pp. 18-19.

¹⁸ Le délégué a déclaré à ce sujet :

« Er is een enkel drempelwaarde die door de Koning moet bepaald worden, (m.n. de drempelwaarde van de richtlijn 2014/23/UE (5,186,000.00)) die de toepassing van de wet oplegt voor (i) de concessies van diensten en (ii) de concessies van werken van de privaatrechtelijke personen die bijzondere of exclusieve rechten genieten (alsook de overheidsbedrijven die buiten hun taken van openbare dienst handelen).

De concessies van werken van de aanbestedende overheden (alsook van de overheidsbedrijven die in het kader van hun taken van openbare dienst handelen) zijn altijd onderworpen aan de wet, ongeacht hun waarde. In dit laatste geval bepaalt de 5,186,000,00 drempelwaarde enkel de verplichting om een aankondiging van concessie op Europees niveau te publiceren ».

¹⁹ Exposé des motifs de l'avant-projet, p. 18

Article 4

12. L'article 4, 3°, du projet transpose l'article 10, alinea 9, de la directive 2014/23/UE. Cette disposition de la directive prévoit que cette dernière ne s'applique pas aux « concessions de services de loteries relevant du code CPV 92351100-7 attribuées par un État membre à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif ». Elle précise en outre expressément que la notion de « droit exclusif » ne couvre pas les « droits spéciaux ou exclusifs » visés à l'article 7, alinea 2, de la directive.

Toutefois, l'article 4, 3°, du projet ne contient pas de telle disposition relative à la portée de la notion de « droit exclusif » (« exclusief recht ») utilisée, bien que l'exposé des motifs indique bel et bien que la notion de « droit exclusif » (« alleenrecht ») n'est pas celle utilisée à l'article 2, 3°, du projet ²⁰. Afin d'éviter toute confusion, on précisera le texte de l'article 4, 3°, du projet afin qu'il apparaisse que le « droit exclusif » qu'il mentionne n'est pas le même que la notion homonyme visée à l'article 2, 3°, du projet.

Article 5

13. L'article 5, § 2, 1°, a), du projet fait référence au « secrétariat de la Commission des marchés publics ». Or le projet ne définit pas cet organe. Il peut le faire en visant l'arrêté royal du 10 mars 1998 'organisant la Commission des marchés publics' ²¹.

Article 6

14. L'article 6, 2°, du projet transpose partiellement l'article 10, alinea 8, b), de la directive 2014/23/UE. Les définitions des notions utilisées dans cette disposition (« services de médias audiovisuels », « fournisseurs de services de médias », « programme » et « matériel de programmes ») ne sont toutefois pas transposées, bien qu'elles aient aussi une valeur normative. Il est souhaitable d'également transposer les définitions dans le projet.

15. Dans le texte néerlandais de l'article 6, 4°, d), du projet, il vaut mieux remplacer le mot « beheerders » par le mot « bewindvoerders », étant donné qu'il ressort de la portée étendue de cette disposition qu'elle vise la prestation de services juridiques fournis sur la base d'une désignation par une juridiction ou par la loi ²².

²⁰ Exposé des motifs de l'avant-projet, pp. 21-22.

²¹ À cet égard, le délégué a déclaré : « Bij nader inzien en teneinde het parallelisme met het wetsontwerp overheidsopdrachten te behouden, zou wellicht beter verwezen worden in dit punt 1° naar het aanspreekpunt waarvan sprake in Titel 4 van voormeld wetsontwerp en de verwijzing naar de Commissie voor de Overheidsopdrachten schrappen ».

²² Le texte néerlandais de l'article 10, alinea 8, d), iv), de la directive 2014/23/UE fait mention de « trustees [beheerders] ». Le texte néerlandais de l'article 10, d), iv), de la directive apparentée 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE' mentionne des « trustees (beheerders) ». Cela correspond, dans le texte français des deux dispositions des directives et de l'article 6, 4°, d), du projet, à la notion d'« administrateurs légaux ». Voyez à ce

Article 8

16. L'observation formulée au point 14 s'applique, *mutatis mutandis*, à l'article 8 du projet, où les définitions des notions de « réseau public de communications » et de « service de communication électronique », inscrites à l'article 11, deuxième alinéa, de la directive 2014/23/UE, ne sont pas reproduites.

Article 10

17. Dans le texte néerlandais de l'article 10, 3°, du projet, on remplacera les mots « niet meer dan 20% » par les mots « minder dan 20% » afin de conformer cette disposition à l'article 17, alinea 4, c), de la directive 2014/23/UE et à la version française du projet.

Article 11

18. À l'article 11 du projet, on écrira « l'Union européenne » au lieu de « l'Union ».

Article 12

19. Par souci d'uniformité, il y a lieu de remplacer, dans le texte néerlandais de l'article 12, § 5, alinea 2, du projet, le mot « instanties » par le mot « entiteiten ».

Article 14

20. L'article 14 du projet reproduit presque littéralement l'article 16 de la directive 2014/23/UE, en ce compris les références aux articles 34 et 35 de la directive 2014/25/UE²³. Eu égard à l'observation formulée au point 3, il est souhaitable que l'article 14 du projet vise les règles de droit interne applicables transposant les dispositions de la directive concernées.

Article 16

21. L'article 16 du projet transpose l'article 10, alinea 6, de la directive 2014/23/UE. Alors que l'article 10, alinea 6, a), de la directive fait état d'« un État membre », l'article 16, 1°, du projet fait seulement référence aux « pouvoirs adjudicateurs ». Il s'ensuit que l'exception prévue à l'article 16, 1°, du projet ne peut s'appliquer aux adjudicateurs qui ne sont pas un pouvoir adjudicateur. Bien qu'il soit plutôt théorique d'envisager que des adjudicateurs qui ne

propos les textes français et néerlandais de dispositions comme les articles 113 à 117 inclus, l'article 488bis, et différents articles du livre I^{er}, titre XI, chapitre II/1 (« De l'administration » – « Bewind ») du Code civil.

²³ Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 'relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE'.

sont pas des pouvoirs adjudicateurs aient recours à l'exception concernée (relative aux intérêts essentiels de la sécurité de l'État), on ne peut exclure purement et simplement cette possibilité. À cet égard, on peut indiquer que ladite « loi défense et sécurité » s'applique également à ces entités²⁴.

22. À l'article 16, 4°, du projet, on écrira « l'Union européenne » au lieu de « l'Union ».

Article 20

23. À l'article 20, § 2, du projet, il convient de remplacer les mots « de notre pays » par les mots « du Royaume ».

Article 21

24. Dans un souci de sécurité juridique, il est souhaitable de préciser à l'article 21, alinéa 1^{er}, du projet que l'on vise « l'annexe II de la présente loi ».

Article 23

25. Dans le texte néerlandais de l'article 23, § 1^{er}, du projet, on supprimera le mot « zowel ».

Article 26

26. L'article 26, § 1^{er}, du projet transpose l'article 35 de la directive 2014/23/UE. À l'article 35, premier alinéa, de la directive 2014/23/UE, il est également question « d'assurer la transparence de la procédure d'attribution » entre les mots « afin d'éviter toute distorsion de concurrence » et « et l'égalité de traitement de tous les candidats et soumissionnaires ». La disposition relative à la transparence de la procédure d'attribution fait cependant défaut à l'article 26, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet. Il y a lieu d'ajouter cette disposition au projet.

27. Les mots « en ce compris le prestataire d'activités d'achat auxiliaires agissant au nom de l'adjudicateur » figurent tant à l'article 26, § 1^{er}, alinéa 2, qu'à l'article 26, § 2. Il convient de supprimer ce membre de phrase dans les deux dispositions, le cas de figure des « activités d'achat auxiliaires »²⁵ n'apparaissant pas dans la directive 2014/23/UE, alors que tel est le cas pour les directives relatives aux marchés publics.

²⁴ Articles 2, 3°, et 43 de la loi du 13 août 2011 'relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité'.

²⁵ Cette notion est définie à l'article 2, alinéa 1, point 15, de la directive 2014/24/UE ainsi qu'à l'article 2, alinéa 1, point 11, de la directive 2014/25/UE.

Article 30

28. La portée de la délégation inscrite à l'article 30, § 2, alinéa 3, du projet (« Le Roi peut déterminer les conditions d'application de ces exigences ») n'est pas claire. Il y a lieu de préciser cette délégation. On peut s'appuyer à cette fin sur la formulation de l'article 26, alinea 2, premier alinéa, dernière phrase, de la directive 2014/23/UE ²⁶.

Article 31

29. À l'article 31, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet, on remplacera chaque fois les mots « du marché » par les mots « de la concession ».

Article 33

30. Le texte néerlandais et le texte français de l'article 33, alinéa 1^{er}, du projet ne concordent pas totalement en ce qui concerne les notions de « sociale werkplaatsen » et d'« ateliers protégés ». Dans le texte néerlandais du projet, mieux vaut utiliser la notion de « beschermde werkplaatsen », eu égard à l'article 24 de la directive 2014/23/UE.

Article 34

31. À l'article 34, § 1^{er}, du projet, les mots « à l'exclusion des autres dispositions du titre 4 » à la fin de la phrase sont superflus. Il est recommandé de supprimer ces mots, étant donné qu'ils peuvent être source de confusion.

32. L'article 34, § 2, alinéa 1^{er}, dispose que l'adjudicateur organise une procédure « dans le respect des principes du titre 3 ». S'il est vrai que le titre 3 du projet est intitulé « [d]ispositions générales », certains articles ont un caractère très concret et sont trop spécifiques pour être considérés comme des « principes » ²⁷.

²⁶ L'article 26, alinea 2, premier alinéa, dernière phrase, de la directive 2014/23/UE dispose : « Les États membres peuvent établir des clauses types quant à la forme dans laquelle les groupements d'opérateurs économiques doivent remplir ces conditions ».

²⁷ Il peut être fait référence au régime relatif aux conflits d'intérêt (article 26), au prix forfaitaire (article 28), aux paiements (article 29), aux associations d'entreprises et à la forme juridique d'entreprises (article 30), aux moyens de communication (article 32), à l'estimation de la valeur des concessions (article 35) et à la durée des concessions (article 37).

Interrogé sur la portée des mots « dans le respect des principes du titre 3 », le délégué a déclaré :

« Het is wel degelijk de bedoeling dat de bepalingen van titel 3 volledig worden toegepast. Er zou bij nader inzien overwogen kunnen worden om de woorden 'de beginselen van' weg te laten om alle twijfel weg te nemen. Aldus zou 'overeenkomstig titel 3' behouden blijven. »

Compte tenu de ce qui précède, mieux vaut remplacer les mots concernés par les mots « dans le respect des dispositions du titre 3 ».

33. L'article 34, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, du projet fait référence à la procédure en vertu des articles 50 et 51. Le délégué a déclaré que ce ne sont pas seulement les articles 50 et 51 du projet (relatifs aux motifs d'exclusion obligatoire) qui doivent trouver à s'appliquer, mais que l'intention est également que les articles 53 (mesures correctrices) et 54 (dispositions applicables aux groupements d'entreprises), quelque peu apparentés, trouvent à s'appliquer. Il y a dès lors lieu d'exprimer clairement cette intention dans le texte de l'article 34, § 2.

Article 43

34. L'article 43, § 1^{er}, 2^o, alinéa 1^{er}, c), du projet dispose qu'un adjudicateur n'est pas tenu de publier un avis de concession lorsque les travaux ou services objets de la concession ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier en raison de « la protection de droits d'exclusivité autres que ceux visés à l'article 2, 3^o, notamment de droits de propriété intellectuelle ».

L'article 31, alinéa 4, c), de la directive 2014/23/UE dispose cependant que la dispense de l'obligation vaut également lorsqu'il est question d'un « droit exclusif ». Il s'agit des droits exclusifs tels qu'ils sont définis à l'article 5, alinéa 10, de la directive (transposé en « droits exclusifs » dans le projet et défini à l'article 2, 3^o, alinéa 2).

Le projet doit être complété sur ce point.

35. On complètera l'article 43, § 1^{er}, 3^o, du projet afin de transposer également l'article 31, alinéa 5, troisième alinéa, b), de la directive 2014/23/UE. Conformément à cette dernière disposition, une candidature doit être considérée comme inappropriée dès lors que celle-ci comporte une offre qui n'est pas appropriée.

36. L'article 43, § 2, alinéa 6, du projet prévoit la possibilité que les éventuelles exigences minimales puissent être modifiées au cours de la négociation « dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence ». Cette disposition ne s'applique que lorsque la valeur estimée de la concession ne dépasse pas le montant fixé par le Roi (article 43, § 1^{er}, 1^o, du projet), la concession concernée échappant dès lors au champ d'application de la directive 2014/23/UE. La disposition déroge à la règle selon laquelle les exigences minimales ne peuvent pas être modifiées en cours de négociation, telle qu'elle est inscrite à l'article 46, § 6, du projet, qui trouve son origine à l'article 37, alinéa 6, de la directive.

Compte tenu de la rigueur avec laquelle l'article 43, § 2, alinéa 6, du projet doit être appliqué afin que soient respectés les principes d'égalité de traitement et de transparence, il est conseillé que cet élément ressorte plus clairement de la disposition législative. À cet effet, on peut s'inspirer de l'article 55, § 3, alinéa 2, du projet qui transpose l'article 41, alinéa 3, deuxième alinéa, de la directive 2014/23/UE.

Il convient à tout le moins de préciser dans l'exposé des motifs qu'une modification des exigences minimales de la concession ne peut être considérée comme étant conforme aux principes d'égalité et de transparence qu'à titre exceptionnel, étant entendu que l'adjudicateur doit justifier les circonstances exceptionnelles, qu'il doit informer tous les soumissionnaires et les inviter à présenter une nouvelle offre et que tous les opérateurs économiques consultés initialement doivent disposer d'un délai suffisant pour présenter une nouvelle offre.

37. Dans le texte néerlandais de l'article 43, § 2, alinéa 3, on supprimera les mots « bepaalt zijn » entre les mots « de aanbesteder » et « selectievoorwaarden ». Dans le texte néerlandais de l'article 43, § 2, alinéa 5, on supprimera le mot « dient » entre le mot « Niettemin » et le mot « moet ».

38. L'observation formulée au point 32 vaut également pour l'article 43, § 2, alinéa 2, et pour l'article 43, §§ 3 et 4, du projet.

Article 45

39. Dans le texte néerlandais de l'article 45, alinéas 1^{er} et 2, du projet, on utilise la formulation « langs elektronische weg ». Compte tenu de la définition donnée à l'article 2, 12^o, du projet et à l'article 34 de la directive 2014/23/UE, il est préférable de remplacer chaque fois cette formulation par les mots « met elektronische middelen ».

Article 46

40. L'article 46, § 2, du projet dispose que les « critères d'attribution », entre autres, doivent figurer dans l'avis de concession, dans l'invitation à présenter une offre ou dans les autres documents de concession. L'article 37, alinéa 2, b), de la directive 2014/23/UE mentionne toutefois « une description des critères d'attribution ».

Eu égard à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle la transparence est également requise en ce qui concerne les critères d'attribution et les règles de pondération²⁸, il

²⁸ Selon la Cour de justice, les principes d'égalité de traitement et de transparence exigent « que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative soient connus aux soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres. (...) Partant, un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires », C.J.U.E., 24 janvier 2008, C-532/06, *Lianakis*, n^{os} 36 et 38.

est recommandé que le projet se conforme à la formulation de la directive et recoure à « une description des critères d'attribution ».

Article 50

41. L'article 50, § 1^{er}, alinéa 3, du projet comporte un régime « dérogeant » à l'alinéa 1^{er} de ce paragraphe en ce qui concerne l'occupation de ressortissants de pays tiers en séjour illégal. La question est de savoir si, dans le cas de ce régime dérogatoire, également, il peut être fait application de l'article 53 du projet, comme tel est le cas à l'alinéa 1^{er}, et, s'il en était ainsi, ce qu'il faut entendre par « les mesures » visées à l'article 53, alinéa 3, du projet. L'article 50, § 1^{er}, alinéa 3, du projet doit être précisé sur ce point.

42. Si l'intention des auteurs du projet est que l'article 50, § 1^{er}, alinéa 4, du projet s'applique également au cas visé à l'article 50, § 1^{er}, alinéa 3, du projet, il conviendra d'adapter la rédaction de la disposition citée en premier lieu.

Article 51

43. L'article 51, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du projet dispose qu'un candidat ou un soumissionnaire qui ne satisfait pas à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale ne peut être exclu « lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique une ou des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers. Ces créances s'élèvent au moins à un montant égal à celui pour lequel il est en retard de paiement de dettes fiscales ou sociales. Ce dernier montant est diminué du montant fixé par le Roi en exécution de la disposition du 1° ».

L'article 38, alinéa 6, de la directive permet aux États membres de prévoir certaines dérogations au motif d'exclusion lié aux dettes fiscales et de sécurité sociale « lorsqu'une exclusion serait manifestement disproportionnée ».

L'article 51, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, du projet ne permet la dérogation au motif d'exclusion que lorsque le candidat ou le soumissionnaire peut démontrer qu'il possède des créances certaines, exigibles et libres de tout engagement à l'égard de tiers et lorsqu'il s'agit de créances à l'égard « d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique ».

Le Conseil d'État, section de législation, n'aperçoit pas comment cette dernière condition peut être considérée comme une condition pertinente et adéquate pouvant justifier une différence de traitement entre des candidats ou des soumissionnaires disposant de créances certaines et exigibles à l'égard de tiers. La condition selon laquelle il doit s'agir de créances à l'égard d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entreprise publique doit par conséquent être omise du projet.

Article 52

44. Le texte français et le texte néerlandais de la phrase introductive de l'article 52, alinéa 1^{er}, du projet ne concordent pas. Le texte français mentionne « le pouvoir adjudicateur » (de aanbestedende overheid), tandis que le texte néerlandais utilise le terme « de aanbesteder » (l'adjudicateur).

Le délégué propose d'adapter le texte néerlandais au texte français. Les autres types d'adjudicateurs peuvent donc, sur la base de l'article 52, alinéa 4, choisir librement s'ils appliquent ou non les motifs d'exclusion facultative. La démarche est analogue à celle utilisée pour les articles 50 et 51 en ce qui concerne les motifs d'exclusion obligatoire.

Étant donné toutefois que l'article 52 concerne les motifs d'exclusion facultative, il est recommandé d'utiliser dans chaque langue la notion d'« adjudicateur » dans la phrase introductive de l'article 52, alinéa 1^{er}, du projet et de supprimer l'article 52, alinéa 4²⁹.

45. L'article 52, alinéa 1^{er}, 5° et 6°, du projet déterminent des motifs d'exclusion facultative que l'adjudicateur peut faire valoir « lorsqu'il ne peut être remédié » au motif d'exclusion « par d'autres mesures moins intrusives ».

La formulation de l'article 52, alinéa 1^{er}, 5°, du projet correspond à celle de l'article 38, alinéa 7, d), de la directive 2014/23/UE. La question se pose cependant de savoir dans les deux cas si l'adjudicateur « peut » ou « doit » exclure le candidat ou soumissionnaire lorsqu'il ne peut être remédié au conflit d'intérêts ou à la distorsion de la concurrence.

La question se pose en outre de savoir si l'article 52, alinéa 3, du projet peut trouver à s'appliquer à ces motifs d'exclusion.

Il est recommandé de faire figurer la réponse à ces questions dans l'exposé des motifs.

Article 54

46. En vertu de l'article 54, § 2, le Roi précise les modalités « de vérification des motifs d'exclusion visés aux articles 50 à 52 ».

L'article 54, § 1^{er}, concerne les groupements d'entreprises et figure sous l'intitulé « Dispositions applicables aux groupements d'entreprises ». Il ressort toutefois des précisions apportées par le délégué que la délégation de l'article 54, § 2, entend avoir une portée générale, et ne concerne donc pas seulement des groupements d'entreprises, mais également des entreprises individuelles. Mieux vaut donc insérer le contenu de l'article 54, § 2, dans un article distinct qui fera apparaître la portée générale de la disposition.

²⁹ L'article 38, alinéa 7, de la directive 2014/23/UE a également été formulé de cette manière.

Article 55

47. L'article 55, § 2, alinéa 3, du projet dispose entre autres que l'adjudicateur vérifie la régularité de l'offre. Étant donné que l'article 55 traite des critères d'attribution, que l'article 46, § 1^{er}, 1^o, concerne la régularité des offres et que le contrôle de la régularité est en principe indépendant de la fixation et de l'appréciation des critères d'attribution, il est conseillé d'intégrer la disposition de l'article 55, § 2, alinéa 3, dans l'article 46, § 1^{er}, du projet.

Article 59

48. L'article 59, § 1^{er}, du projet dispose que « [l]e présent titre s'applique aux concessions d'un montant égal ou supérieur au seuil visé à l'article 3 ».

La référence au seuil visé à l'article 3 n'est pas suffisamment claire. En effet, l'article 3 du projet règle deux seuils, à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, et à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3. Le texte du projet doit indiquer clairement quel(s) seuil(s) de l'article 3 est (sont) visé(s).

49. La définition de la notion de « PME » qui vaut pour l'application de l'alinéa 1^{er} de l'article 59, § 3, du projet, doit être reproduite dans le texte du projet. Par souci d'intelligibilité et d'accessibilité du dispositif en projet, mieux vaut ne pas se contenter d'une simple référence à la définition inscrite dans la « recommandation 2003/361/CE de la Commission » ainsi que le fait l'article 59, § 3, alinéa 2, du projet.

Article 68

50. Dans le texte néerlandais de l'article 68, a), b) et c), du projet, les mots « het eerste artikel » seront remplacés par les mots « artikel 1 ». Dans le texte néerlandais de l'article 68, e), du projet, on insérera les mots « in het eerste lid » entre « bedoeld » et « niet overschrijdt » dans l'article 3 en projet de la loi du 20 mars 1991 'organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux'.

Article 69

51. L'article 69 du projet dispose que la loi entre en vigueur à une date fixée par le Roi, à l'exception de l'article 69, qui entre en vigueur le jour de la publication au *Moniteur belge*.

Compte tenu du fait que la réglementation en projet poursuit la transposition en droit interne de dispositions d'une directive européenne relatives à l'attribution de contrats de concession et que ces dispositions doivent être transposées avant le 18 avril 2016, il est recommandé de mentionner, dans l'article 69 du projet, que le Roi fixe la date d'entrée en vigueur de la loi en projet, étant entendu que la loi entre en vigueur au plus tard le 18 avril 2016³⁰.

³⁰ *Principes de la technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, Conseil d'État, 2008, n^{os} 154.1 et 154.1.1 et formule F 4-5-2-1.

Annexe II

52. L'intitulé de l'annexe II du projet vise les « entreprises publiques » et les « personnes de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ».

Compte tenu du champ d'application de cette annexe, il y a cependant lieu de faire référence à l'« entité adjudicatrice », telle qu'elle est définie à l'article 2, 4°, du projet.

53. Le texte néerlandais de l'annexe II vise les « alleenrechten » (par exemple sous 1, b), alinéa 2), alors que dans le reste du projet, cette notion est toujours transposée, en ce qui concerne le texte néerlandais, en « exclusief recht », ainsi qu'il ressort de la définition à l'article 2, 3°, alinéa 2, du projet. Il y a lieu d'harmoniser la terminologie de l'annexe et celle du reste du projet.

54. La référence à « l'article 2, 4), de la présente loi » doit chaque fois être remplacée par une référence à « l'article 2, 4°, de la présente loi ».

Annexe V

55. À la huitième ligne de l'annexe V du projet, les mots « l'article 8, point 4) » seront remplacés par « l'article 6, 4° », et à la onzième ligne, les mots « l'article 8, point 7) » seront remplacés par « l'article 6, 7° ».

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Leen VERSCHRAEGHEN

Marnix VAN DAMME