



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 68.768/1
van 25 februari 2021

avis 68.768/1
du 25 février 2021

over

sur

een wetsvoorstel 'tot wijziging
van de wet van 17 juni 2016
inzake overheidsopdrachten
wat betreft de sociale en
ecologische criteria bij
activiteiten inzake de productie
van openbare
vervoermiddelen' (*Parl.St.*
Kamer, nr. 55-0405/001)

une proposition de loi
'modifiant la loi du
17 juin 2016 relative aux
marchés publics en ce qui
concerne les critères sociaux et
écologiques applicables aux
activités de production de
moyens de transport public'
(*Doc. parl.*, Chambre,
n° 55-0405/001)

Op 26 januari 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Voorzitster van de Kamer van volksvertegenwoordigers verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een wetsvoorstel ‘tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten wat betreft de sociale en ecologische criteria bij activiteiten inzake de productie van openbare vervoermiddelen’ (*Parl.St.* Kamer, nr. 55-0405/001).

Het voorstel is door de eerste kamer onderzocht op 18 februari 2021. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Chantal BAMPS en Bert THYS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

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

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 25 februari 2021.

*

Le 26 janvier 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Présidente de la Chambre des représentants à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi ‘modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics en ce qui concerne les critères sociaux et écologiques applicables aux activités de production de moyens de transport public’ (*Doc. parl.*, Chambre, n° 55-0405/001).

La proposition a été examinée par la première chambre le 18 février 2021. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Chantal BAMPS et Bert THYS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

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

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 25 février 2021.

*

STREKKING VAN HET WETSVOORSTEL

1. Het om advies voorgelegde voorstel van wet beoogt bijzondere regels vast te stellen voor de gunning van overheidsopdrachten die verband houden met “activiteiten die verbonden zijn met de productie van de openbare vervoermiddelen”. Daartoe worden een aantal wijzigingen voorgesteld in de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

In artikel 2 van het wetsvoorstel wordt aan artikel 2 van de wet van 17 juni 2016 een definitie toegevoegd van het begrip “productie van openbare vervoermiddelen” (voorgesteld artikel 2, 60°, van de wet van 17 juni 2016).

Artikel 3 van het voorstel strekt ertoe het bestaande artikel 81, § 5, van de wet van 17 juni 2016 te vervangen.

In het voorgestelde artikel 81, § 5, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 wordt aan de Koning de bevoegdheid verleend om “nadere regels inzake de gunningscriteria [te] bepalen”. Hierdoor wordt een al bestaande machtiging aan de Koning die geldt voor alle overheidsopdrachten in de klassieke en de speciale sectoren vervangen.¹ De gemachtigde stelde in dat verband voor om het voorgestelde artikel 81, § 5, van de wet van 17 juni 2016 hernummeren tot een artikel 81, § 4bis, en de machtigingsbepaling die nu vervat is in het voorgestelde artikel 81, § 5, eerste lid, weg te laten. In dit advies wordt evenwel uitgegaan van de tekst van artikel 81, § 5, zoals die om advies is voorgelegd.

In het tweede tot het vijfde lid van het voorgestelde artikel 81, § 5, van de wet van 17 juni 2016 worden bijzondere regels opgenomen voor activiteiten die verbonden zijn met de productie van de openbare vervoermiddelen.

Voor dit soort opdrachten stelt de aanbestedende overheid² de economisch meest voordelige offerte uitsluitend vast “rekening houdend met de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van sociale en milieuaspecten die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht, alsook de prijs of de kosten” (voorgesteld artikel 81, § 5, tweede lid).

Er wordt een verplichting opgelegd om, wat de sociale aspecten betreft, voorrang te geven aan inschrijvers met productievevestigingen, die voor de uitvoering van de opdracht de hoogste graad van tewerkstelling in België garanderen. Daartoe wordt aan inschrijvers de verplichting opgelegd om aan de aanbestedende overheid een berekening voor te leggen van de effecten van de uitvoering van de opdracht op de tewerkstelling in België (voorgesteld artikel 81, § 5, derde lid).

¹ Overeenkomstig artikel 153, 1°, van de wet van 17 juni 2016 is artikel 81 van dezelfde wet met betrekking tot de gunningscriteria in de klassieke sectoren van toepassing op overheidsopdrachten in de speciale sectoren.

² De toelichting bij het wetsvoorstel doet ervan blijken dat het ook de bedoeling is om entiteiten in de speciale sectoren te reguleren en dat niet enkel overheidsopdrachten worden beoogd die worden uitgeschreven door “aangebestede overheden”, in de zin van artikel 2, 1°, van de wet van 17 juni 2016, maar ook door “aangebestede entiteiten” zoals die worden omschreven in artikel 2, 4°, van dezelfde wet.

Eveneens geldt een verplichting om, wat de milieuaspecten betreft, voorrang te geven aan inschrijvers met productievevestigingen die het dichtst gelegen zijn bij de plaats waar de openbare vervoermiddelen effectief zullen worden ingezet en die de strengste milieunormen respecteren (voorgesteld artikel 81, § 5, vierde lid).

Bij twijfel over de beste prijs-kwaliteitsverhouding van verschillende offertes, primeren de sociale en milieucriteria (voorgesteld artikel 81, § 5, vijfde lid).

Zoals door de gemachtigde nader werd toegelicht, beoogt het wetsvoorstel in essentie om gunningscriteria voor overheidsopdrachten van leveringen inzake openbare vervoermiddelen zoals bussen en trams op te leggen en daarbij offertes van in en dichtbij België gevestigde ondernemingen te bevoordelen.³ Ook lijken de indieners van het wetsvoorstel er in hoofdzaak van uit te gaan dat ermee overheidsopdrachten worden gereguleerd die onderworpen zijn aan de richtlijnen 2014/24/EU⁴ en 2014/25/EU^{5,6}. Gelet op de huidige drempelbedragen inzake leveringen van 139.000 of 214.000 euro (klassieke sectoren)⁷ en 428.000 euro (speciale sectoren)⁸ valt trouwens aan te nemen dat voor de gunning van een groot aantal overheidsopdrachten voor de levering van openbare vervoermiddelen de betrokken Europese richtlijnen toepassing zullen vinden.

ALGEMENE OPMERKINGEN

2.1. Richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU bieden bepaalde mogelijkheden om rekening te houden met sociale of ecologische overwegingen bij de gunning van overheidsopdrachten.⁹ De vraag rijst evenwel of de betrokken richtlijnen wel enige beleidsvrijheid bieden aan de lidstaten om, zonder dat daarvoor enige grondslag bestaat in het

³ In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt meermaals verwezen naar uitvoeringsvoorwaarden. Hiermee wordt evenwel geen afbreuk gedaan aan de vaststelling dat door middel van het voorstel in essentie het regelen van de gunning van de opdrachten wordt beoogd.

⁴ 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’.

⁵ 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’.

⁶ Zo wordt in de toelichting bij het wetsvoorstel naar deze richtlijnen verwezen en benadrukken de indieners dat de Europese wetgeving toelaat om sociale- en milieuaspecten mee in rekening te brengen. Voorts wordt in de toelichting verduidelijkt dat de in deze richtlijnen opgenomen doelstellingen van “slimme, duurzame en inclusieve groei”, om “meer aandacht te besteden aan sociale en ecologische criteria” en om de “aanbesteders in staat te stellen overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen”, onvoldoende tot uiting komen in de wet van 17 juni 2016, waardoor de indieners van het wetsvoorstel door middel van een aanpassing van de wet eigenlijk ook een partiële en volgens hen meer volkomen omzetting van de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU lijken te beogen.

⁷ Artikel 4, b) en c), van richtlijn 2014/24/EU, zoals gewijzigd door de Gedelegeerde verordening (EU) 2019/1828 van de Commissie van 30 oktober 2019 ‘tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen’.

⁸ Artikel 15, a), van richtlijn 2014/25/EU, zoals gewijzigd door de Gedelegeerde Verordening (EU) 2019/1829 van de Commissie van 30 oktober 2019 ‘tot wijziging van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad wat de drempels betreft voor opdrachten voor leveringen, diensten en werken, en prijsvragen’.

⁹ Er kan worden gewezen op artikel 67, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 82, lid 2, van richtlijn 2014/25/EU.

Europees recht, bij wet of reglement bepaalde gunningscriteria op te leggen en of het wetsvoorstel in het licht daarvan wel richtlijnconform is. Het voorstel voorziet immers niet in een loutere mogelijkheid voor aanbestedende overheden en aanbestedende entiteiten van het hanteren van bepaalde “sociale en milieucriteria”, maar in een verplichting daartoe en legt zelfs op om deze criteria te laten “primeren” in geval van “twijfel over de beste prijs-kwaliteitsverhouding” (zie het voorgestelde artikel 81, § 5, vijfde lid). Dat er ernstig aan kan worden getwijfeld of verplichtingen van die aard richtlijnconform zijn, lijkt ook te moeten worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie waarin in het verleden reeds is uitgegaan van de keuzemogelijkheid van aanbestedende diensten bij het vaststellen van de gunningscriteria.¹⁰

2.2. De “sociale en milieuaspecten die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht”, waarvan melding wordt gemaakt in het voorgestelde artikel 81, § 5, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, zullen bij de keuze van de gunningscriteria volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie daarenboven slechts onder welbepaalde voorwaarden kunnen worden aanvaard. De gunningscriteria zullen niet enkel verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, maar zullen bij het toepassen ervan niet mogen steunen op een onbeperkte beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid, zullen uitdrukkelijk moeten worden vermeld in het bestek of de aankondiging van de opdracht en zullen moeten voldoen aan alle fundamentele beginselen van het Europees recht en met name aan het gelijkheidsbeginsel.¹¹ Deze rechtspraak vindt bevestiging in onder meer artikel 67, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/24/EU en in artikel 82, leden 3 en 4, van richtlijn 2014/25/EU.

Vastgesteld moet worden dat de regeling die is vervat in het voorgestelde artikel 81, § 5, tweede en vierde lid, van de wet van 17 juni 2016 op diverse punten niet voldoet aan de voornoemde voorwaarden. De erin opgelegde gunningscriteria houden immers een discriminatie in en houden bovendien onvoldoende verband met het voorwerp van de opdracht, ook al wordt in het voorgestelde artikel 84, § 5, tweede lid, uitdrukkelijk aan “het voorwerp van de betrokken opdracht” gerefereerd.

2.3. Het gelijkheidsbeginsel wordt in de rechtspraak van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in de context van de gunning van overheidsopdrachten als volgt ingevuld:

“Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van

¹⁰ HvJ 4 december 2003, C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH*, (m.b.t. richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen’ en richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 ‘houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken’), inzonderheid punten 37 tot 39.

¹¹ Zie reeds HvJ 17 september 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland* (m.b.t. richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 ‘houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie’ en richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening’).

voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden. (...)”¹²

Die rechtspraak sluit aan bij rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake overheidsopdrachten, op grond waarvan het gelijkheidsbeginsel een middel is voor het realiseren van de interne markt en onvervalste mededinging in alle lidstaten:

“28. Een van de hoofddoelen van de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten is het garanderen van het vrije verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. Teneinde dit tweeledige doel te bereiken, past het Unierecht met name het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers of gegadigden en de daaruit voortvloeiende verplichting tot transparantie toe.

29. De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling in procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten vormt derhalve niet een doel op zich, maar moet worden begrepen in het licht van de doelstellingen die met dat beginsel worden nagestreefd.

30. Volgens vaste rechtspraak vereist dat beginsel dat, behoudens objectieve rechtvaardiging, vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld (zie arrest van 3 maart 2005, *Fabricom*, C-21/03 en C-34/03, *Jurispr. blz. I-1559*, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).”¹³

De voorgestelde regeling zal tot gevolg hebben dat inschrijvers die actief zijn in de sector van de productie van openbare vervoermiddelen en die gevestigd zijn in andere lidstaten van de Europese Unie, enkel omwille van het criterium inzake locatie waar zij hun productie organiseren zich in meer nadelige positie bevinden voor de beoordeling van hun offertes dan in België gevestigde inschrijvers.

Een dergelijk onderscheid dat erop gericht is inschrijvers gevestigd in andere lidstaten te benadelen lijkt geenszins pertinent in het licht van de beginselen en doelstellingen die ten grondslag liggen aan de regelgeving inzake overheidsopdrachten en is dus onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel.

2.4. De regeling die de keuze van de inschrijver mee laat afhangen van de plaats van productie houdt evenmin verband met het voorwerp van de opdracht.

In de rechtsleer wordt terzake benadrukt dat gunningscriteria tot doel hebben de beste aanbidding te kiezen en ertoe strekken de intrinsieke kwaliteit van offertes te beoordelen:¹⁴

“De gunningscriteria bevatten de inhoudelijke criteria voor de keuze van de beste aanbidding en strekken ertoe de intrinsieke kwaliteit van de ingediende offertes te beoordelen. Opdat hiervan sprake kan zijn, moeten de gunningscriteria een beoordelingsnorm, een toetssteen, een kenmerk waaraan wordt afgemeten, inhouden. Het

¹² Zie, bij wijze van voorbeeld: RvS 27 maart 2013, nr. 223.033, *NV Tractebel Engineering*, punt 12.

¹³ HvJ 10 oktober 2013, C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser*.

¹⁴ L. SCHELLEKENS, “Bestek” in D. D’HOOGHE en N. KIEKENS, *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 616.

moet gaan om een vooraf bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken.¹⁵ (...)”

De voorwaarde van de plaats van de productie van de inschrijver laat geen beoordeling toe van de intrinsieke kwaliteit van de ingediende offerte in het licht van het voorwerp van de opdracht. Het is onmogelijk om dit zuiver geografisch criterium te beoordelen op basis van “specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen” (zie de voorwaarde opgelegd door artikel 67, lid 4, van richtlijn 2014/24/EU).

De voorgestelde regeling lijkt daarnaast niet inpasbaar in de in artikel 67, lid 2, van richtlijn 2014/24/EU, bedoelde “criteria, waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten”.

In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt vermeld dat “het sociaal gesproken absurd [zou] zijn dat de aanbestedende overheid een inschrijver aanstelt, die de openbare vervoermiddelen laat produceren in het buitenland met als gevolg dat bij een gelijkaardige producent in België een groot aantal werkplaatsen verloren gaan”. De sociale doelstelling die de indieners van het wetsvoorstel nastreven betreft dus het behoud van werkgelegenheid in België.

Deze zeer ruime algemene sociale doelstelling en de verplichting om de baten van tewerkstelling in België in rekening te brengen bij het beoordelen van de gunningscriteria lijken niet inpasbaar in de door de richtlijnen geboden mogelijkheden inzake sociale gunningscriteria. Die zijn immers meer specifiek en beperkt tot gunningscriteria die verband houden met “[m]aatregelen ter bescherming van de gezondheid van het bij het productieproces betrokken personeel, of ter bevordering van de sociale integratie van kansarmen of leden van kwetsbare groepen onder de personen die zijn aangewezen om de opdracht uit te voeren of om vaardigheden voor de opdracht te verwerven” (zie overweging 99 van richtlijn 2014/24/EU).

Een gelijkaardige bedenking kan gemaakt worden bij de voorwaarde inzake “milieuaspecten” waarbij de “voorrang” bij de gunning wordt beoogd van ondernemingen die het dichtst gelegen zijn bij de plaats waar de openbare vervoermiddelen effectief zullen worden ingezet.

Er mag in de toelichting bij het wetsvoorstel dan al aansluiting worden gezocht bij doelstellingen zoals klimaatopwarming en het doen respecteren van milieunormen, het gekozen criterium lijkt – zelfs als abstractie wordt gemaakt van de vaststelling dat het geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht – niet voldoende te zijn afgestemd op het doel van milieubescherming. Het is immers mogelijk dat bijvoorbeeld een in een verafgelegen lidstaat gevestigde onderneming vervoermiddelen op een meer ecologische wijze produceert en/of

¹⁵ Voetnoot 100 in het aangehaalde werk: RvS 19 september 2008, nr. 186.386, L3M Architectenvennootschap; RvS 13 november 2009, nr. 198.917, Eurobussing Vlaanderen; RvS 18 februari 2011, nr. 211.380, Architectenburo Aros; RvS 17 november 2011, nr. 216.319, Tryhou; RvS 16 januari 2012, nr. 217.242, Dzine; RvS 11 oktober 2012, nr. 220.970, Konica-Minolta business solutions; RvS 8 januari 2013, nr. 221.953, vzw De kindervriend; RvS 26 februari 2013, nr. 222.644, Ecoast research centre Ostend; RvS 26 juni 2013, nr. 224.114, IR-Architect Bart Tryhou; RvS 20 februari 2014, nr. 226.499, cvba Axis architecten & ingenieurs; RvS 12 juni 2015, nr. 231.568, Aramark.

duurzamere vervoermiddelen produceert dan het geval is in een in (of vlakbij) België gevestigde onderneming en dat voordeel de milieuschade overtreft die eventueel voortspruit uit een (eenmalige) verplaatsing van de vervoermiddelen naar België. De voorgestelde voorwaarde op het vlak van de “milieuaspecten” lijkt dan ook geen afdoende verband te houden met de milieubescherming als zodanig, maar is veeleer gericht op protectionisme.

2.5. Uit het voorgaande volgt dat het wetsvoorstel op diverse punten niet inpasbaar is in het geheel van de mogelijkheden inzake sociale en ecologische gunningscriteria die de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU nochtans bieden.

3.1. Daarenboven legt het Europees recht ook buiten het kader van richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU bepaalde verplichtingen op. Dit is met name het geval voor overheidsopdrachten die weliswaar onder de Europese drempelbedragen liggen, maar een “duidelijk grensoverschrijdend belang” vertonen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wees in dat verband op het volgende:

“Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de plaatsing van opdrachten die, gelet op hun waarde, buiten het toepassingsgebied van de richtlijnen betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten vallen, niettemin onderworpen aan de fundamentele regels en de algemene beginselen van het VWEU, in het bijzonder aan het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, alsook aan de daaruit voortvloeiende transparantieplichting, voor zover de betrokken opdrachten, gelet op bepaalde objectieve criteria, een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen (...).”¹⁶

In aansluiting op deze vaststelling werd aan de gemachtigde gevraagd hoe de voorgestelde bepalingen verenigbaar zijn met de interne markt en het vrij verkeer van goederen en de vrijheid van vestiging. De gemachtigde antwoordde:

“(…) L’un des objectifs de la proposition est de garantir aux travailleurs produisant les éléments faisant l’objet de l’offre la protection sociale la plus haute possible. Cette haute protection sociale est garantie en cas d’emploi en Belgique. Cette clause constitue donc un lutte contre le dumping social, puisqu’une occupation en Belgique permet un contrôle suffisant des conditions de travail et octroie le bénéfice d’une législation sociale développée. La présente proposition de loi a donc pour objet la protection des travailleurs.

Le droit de l’Union permet l’application de restrictions aux libertés fondamentales, dès lors qu’elles sont justifiées par des objectifs expressément prévus dans le traité. Par exemple, l’article 52 du traité autorise les restrictions à la liberté d’établissement et à la libre prestation des services pour des raisons d’ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

Les restrictions qui ne comportent pas de discrimination fondée sur la nationalité peuvent également être justifiées par des raisons impérieuses d’intérêt général telles que reconnues par la jurisprudence de la Cour de justice. Ces raisons incluent:

- la protection de l’environnement,
- la cohésion du système fiscal

¹⁶ HvJ 6 oktober 2016, C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni Srl*, punt 19.

- la lutte contre la fraude fiscale
- le maintien en place d'une communauté agricole et la lutte contre la spéculation foncière excessive
- la planification de l'utilisation des sols (par exemple les restrictions à l'installation de résidences secondaires)
- la protection des consommateurs
- la protection des travailleurs, et
- la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires.

(voir à ce sujet, notamment, La communication de la Commission du Parlement européen, du 9.7.2018, COM(2018) 547 final « Protection des investissements intra-EU », p.14 et la jurisprudence citée ; <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/FR/COM-2018-547-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>)

Par ailleurs, l'un des critères souligné est l'occupation en Belgique et non pas nécessairement par des travailleurs belges. Ce faisant, la présente proposition de loi ne constitue pas une violation du principe de non discrimination sur base de la nationalité, ni aux principes de libre circulation des services ou des travailleurs.”

De door de gemachtigde verstrekte toelichting ten spijt heeft de voorgestelde regeling tot gevolg dat de kansen van de ondernemingen om voor een overheidsopdracht te worden gekozen substantieel worden ingeperkt indien zij geen werknemers in België tewerkstellen. Zoals nader verduidelijkt in de toelichting bij het wetsvoorstel, wordt in het voorgestelde artikel 81, § 5, derde lid, van de wet van 17 juni 2016 immers voorzien in een regeling waarbij, voor het bepalen van de economisch meest voordelige offerte, de effecten van tewerkstelling in België bij de uitvoering van de opdracht in rekening worden gebracht (omrekening naar aantal voltijdse equivalenten). Een dergelijke regeling valt bezwaarlijk te verenigen met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie¹⁷ en is, meer in het algemeen en gelet op de protectionistische aard ervan, in strijd met de beginselen die de interne markt waarborgen.¹⁸

Uit de door de gemachtigde verstrekte toelichting valt niet af te leiden waarom in de strijd tegen sociale dumping en het beschermen van werknemers alle ondernemingen in alle andere lidstaten van de Europese Unie dan België moeten benadeeld worden, noch waarom een dergelijke verregaande inperking van de vrijheden van de interne markt gerechtvaardigd zou zijn in het licht van en in een redelijke verhouding zou staan tot het doel dat louter gericht is op het beschermen van nationale industrie en tewerkstelling. Een dergelijke regeling lijkt hoe dan ook

¹⁷ Zie bvb. HvJ 22 juni 1993, C-243/89, *Commissie t. Denemarken*, punten 4, 23 en 24 tot 27. In deze zaak oordeelde het Hof van Justitie dat een lidstaat die in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht een oproep tot inschrijving doet uitgaan waarbij als voorwaarde gesteld wordt dat zoveel mogelijk nationale materialen, verbruiksgoederen, arbeidskrachten en materieel worden gebruikt, niet de op hem rustende verdragsbeginselen nakomt.

¹⁸ Zie in die zin bvb. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement Volume 1: Regulation in the EU and UK*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2014, 151-152.

onevenredig in de mate dat de overheidsopdracht in het buitenland op basis van de daar geldende sociale wetgeving kan uitgevoerd worden.¹⁹

In elk geval beantwoordt de voorgestelde voorrangsregeling niet aan de voorwaarden die op het vlak van noodzakelijkheid en proportionaliteit in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie vereist worden in het licht van de artikelen 34, 36 en 49 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

3.2. Uit hetgeen *sub* 3.1 is opgemerkt, valt af te leiden dat de “voorrangsregeling” die is vervat in het voorgestelde artikel 81, § 5, tweede tot vierde lid, van de wet van 17 juni 2016, minstens een indirecte discriminatie op grond van de nationaliteit in zich sluit en in strijd is met de voornoemde Europeesrechtelijke beginselen.

4.1. Waar in het voorgestelde artikel 81, § 5, vierde lid, van de wet van 17 juni 2016 wordt bepaald dat, wat de milieuaspecten betreft, er eveneens voorrang wordt gegeven aan inschrijvers met productievevestigingen die het dichtst gelegen zijn bij de plaats waar de openbare vervoermiddelen effectief zullen worden ingezet en die de strengste milieunormen respecteren, rijzen dezelfde bezwaren als die welke in dit advies zijn opgeworpen op het vlak van het beginsel van de vrije keuzevrijheid inzake gunningscriteria en de vereiste band met het voorwerp van de opdracht. Daarenboven valt ook nog te wijzen op overweging 97 van richtlijn 2014/24/EU, waarin wordt benadrukt dat een toets of “de inschrijver een beleid van maatschappelijk en ecologisch verantwoord ondernemen voert” niet mogelijk is bij de gunning van de opdracht:

“(…) De voorwaarde dat er een verband met het voorwerp van de opdracht moet zijn, sluit echter criteria en voorwaarden uit met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid, die immers niet kunnen worden beschouwd als een factor welke kenmerkend is voor het specifieke productie- of verrichtingsproces van de aangekochte werken, leveringen, of diensten. De aanbestedende instantie mag derhalve niet als voorwaarde kunnen stellen dat de inschrijver een beleid van maatschappelijk en ecologisch verantwoord ondernemen voert.”²⁰

In zoverre bovendien de voorwaarde inzake het respecteren van “de strengste milieunormen” zou kunnen worden begrepen als een herneming van het vereiste om alle verplichtingen op het gebied van het milieurecht na te leven en te doen naleven, is dergelijke herneming overbodig in het licht van wat nu reeds in artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 wordt bepaald.²¹

4.2. Om de *sub* 4.1 vermelde redenen moet worden vastgesteld dat ook de voorgestelde regeling inzake de voorrang voor inschrijvers die de strengste milieunormen respecteren, op diverse bezwaren stuit.

¹⁹ Vgl. HvJ 18 september 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, punten 31 tot 34.

²⁰ Zie eveneens overweging 102 van richtlijn 2014/25/EU. Voor een toepassing, zie: HvJ 4 december 2003, C-448/01, *EVN AG en Wienstrom GmbH*, punten 68 tot 71.

²¹ Overeenkomstig artikel 7, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 zijn de ondernemers ertoe gehouden alle toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Europees Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage II van de wet vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht, na te leven en te doen naleven door elke persoon die handelt als onderaannemer in welke fase ook, en door elke persoon die personeel tewerkstelt voor de uitvoering van de opdracht.

5. De voorgestelde regeling stuit in die mate op bezwaren vanuit Europeesrechtelijk oogpunt dat het wetsvoorstel aan een grondige herziening zou moeten worden onderworpen en dat het, zoals het nu voorligt, geen doorgang kan vinden. Om die reden ziet de afdeling Wetgeving af van een nader onderzoek ervan.

*

PORTÉE DE LA PROPOSITION DE LOI

1. La proposition de loi soumise pour avis a pour objet de fixer des règles particulières pour l'attribution de marchés publics relatifs à des « activités liées à la production de moyens de transport publics ». À cet effet, il est proposé d'apporter un certain nombre de modifications à la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'.

L'article 2 de la proposition de loi ajoute à l'article 2 de la loi du 17 juin 2016 une définition de la notion de « production de moyens de transport public » (article 2, 60°, proposé, de la loi du 17 juin 2016).

L'article 3 de la proposition vise à remplacer l'article 81, § 5, actuel, de la loi du 17 juin 2016.

L'article 81, § 5, alinéa 1^{er}, proposé, de la loi du 17 juin 2016 habilite le Roi à « fixer des modalités additionnelles concernant les critères d'attribution ». La proposition remplace ainsi une habilitation au Roi déjà existante qui s'applique à l'ensemble des marchés publics dans les secteurs classiques et spéciaux¹. À ce sujet, le délégué a proposé de renuméroter l'article 81, § 5, proposé, de la loi du 17 juin 2016 en un article 81, § 4bis, et de supprimer la disposition d'habilitation qui est actuellement prévue à l'article 81, § 5, alinéa 1^{er}, proposé. Le présent avis se fonde toutefois sur le texte de l'article 81, § 5, tel qu'il est soumis pour avis.

Les alinéas 2 à 5 de l'article 81, § 5, proposé, de la loi du 17 juin 2016 contiennent des règles particulières pour des activités liées à la production de moyens de transport publics.

Pour ce type de marchés, le pouvoir adjudicateur² détermine l'offre économiquement la plus avantageuse exclusivement « à partir du meilleur rapport qualité-prix, celui-ci étant établi sur la base d'aspects environnementaux et sociaux liés à l'objet du marché public concerné, ainsi que sur la base du prix ou du coût » (article 81, § 5, alinéa 2, proposé).

La proposition impose, en ce qui concerne les aspects sociaux, de donner la priorité aux soumissionnaires ayant les sièges de production garantissant le taux d'emploi le plus élevé en Belgique pour l'exécution du marché. À cet effet, les soumissionnaires sont tenus de soumettre au pouvoir adjudicateur un calcul des effets de l'exécution du marché sur l'emploi en Belgique (article 81, § 5, alinéa 3, proposé).

En ce qui concerne les aspects environnementaux, s'applique également une obligation de donner la priorité aux soumissionnaires dont les sièges de production sont les plus proches du lieu où les moyens de transport publics seront effectivement utilisés et respectent les normes environnementales les plus strictes (article 81, § 5, alinéa 4, proposé).

¹ Conformément à l'article 153, 1°, de la loi du 17 juin 2016, l'article 81 de la même loi relatif aux critères d'attribution dans les secteurs classiques est d'application aux marchés publics dans les secteurs spéciaux.

² Selon les développements de la proposition de loi, l'intention est également de réguler des entités dans les secteurs spéciaux, et sont non seulement visés les marchés publics lancés par des « pouvoirs adjudicateurs » au sens de l'article 2, 1°, de la loi du 17 juin 2016, mais aussi ceux passés par des « entités adjudicatrices », définies à l'article 2, 4°, de la même loi.

En cas de doute lors de la détermination de l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix, les critères sociaux et environnementaux priment (article 81, § 5, alinéa 5, proposé).

Comme l'a explicité le délégué, la proposition de loi vise essentiellement à imposer des critères d'attribution pour les marchés publics de fournitures en matière de moyens de transport publics, tels que les bus et les trams, et, dans ce cadre, à avantager les offres émanant d'entreprises établies en Belgique et à proximité³. Par ailleurs, les auteurs de la proposition de loi semblent également considérer à titre principal que la proposition réglemente des marchés publics qui sont soumis aux directives 2014/24/UE⁴ et 2014/25/UE⁵⁻⁶. Compte tenu des seuils actuels en matière de fournitures de 139.000 ou 214.000 euros (secteurs classiques)⁷ et 428.000 euros (secteurs spéciaux)⁸, on peut d'ailleurs admettre que les directives européennes concernées trouveront à s'appliquer à l'attribution d'un grand nombre de marchés publics pour la fourniture de moyens de transport publics.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

2.1. Les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE offrent certaines possibilités de tenir compte de considérations sociales ou écologiques lors de la passation de marchés publics⁹. La question se pose toutefois de savoir si les directives concernées procurent effectivement une certaine liberté d'action aux États membres pour imposer, par une loi ou une réglementation, certains critères d'attribution, sans qu'il existe pour ce faire un quelconque fondement juridique dans le droit européen, et si, au regard de ce qui précède, la proposition de loi est conforme à ces directives. En effet, la proposition ne prévoit pas simplement la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices d'utiliser certains « critères sociaux et

³ Les développements de la proposition de loi renvoient à plusieurs reprises à des conditions d'exécution. Ceci ne change toutefois rien à la constatation que, par le biais de la proposition, l'on vise essentiellement à régler l'attribution des marchés.

⁴ Directive 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'.

⁵ 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'.

⁶ Ainsi, les développements de la proposition de loi font référence à ces directives et les auteurs soulignent que la législation européenne permet de tenir compte d'éléments sociaux et environnementaux. Les développements précisent par ailleurs que les objectifs, inscrits dans ces directives, consistant à « développer une croissance intelligente, durable et inclusive », à « consacrer davantage d'attention aux critères sociaux et écologiques » et à « permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument des marchés publics au service d'objectifs sociétaux communs » ne sont pas suffisamment mis en avant dans la loi du 17 juin 2016, les auteurs de la proposition de loi semblant ainsi, par une adaptation de la loi, également viser en réalité une transposition partielle et, selon eux, plus complète, des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE.

⁷ Article 4, b) et c), de la directive 2014/24/UE, modifié par le règlement délégué (UE) 2019/1828 de la Commission du 30 octobre 2019 'modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils pour les marchés publics de fourniture, de services et de travaux et pour les concours'.

⁸ Article 15, a), de la directive 2014/25/UE, modifié par le règlement délégué (UE) 2019/1829 de la Commission du 30 octobre 2019 'modifiant la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils pour les marchés de fourniture, de services et de travaux et pour les concours'.

⁹ On peut se référer à l'article 67, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE et à l'article 82, paragraphe 2, de la directive 2014/25/UE.

environnementaux », mais contient une obligation dans ce sens, et elle impose même de faire « primer » ces critères en cas de « doute lors de la détermination de l'offre présentant le meilleur rapport qualité-prix » (voir l'article 81, § 5, alinéa 5, proposé). Il semble également qu'il se déduit de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui, dans le passé, laissait déjà aux pouvoirs adjudicateurs le choix de déterminer les critères d'attribution¹⁰, que l'on peut sérieusement douter de la conformité de telles obligations aux directives.

2.2. En outre, selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, les « aspects environnementaux et sociaux liés à l'objet du marché public concerné », dont fait mention l'article 81, § 5, alinéa 2, proposé, de la loi du 17 juin 2016, ne pourront être acceptés lors du choix des critères d'attribution que dans des conditions précises. Les critères d'attribution devront non seulement être liés à l'objet du marché, mais ils ne pourront pas, lors de leur application, conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix, ils devront être expressément mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché et ils devront respecter tous les principes fondamentaux du droit européen et notamment le principe d'égalité¹¹. Cette jurisprudence trouve entre autres appui dans l'article 67, paragraphes 3 et 4, de la directive 2014/24/UE et dans l'article 82, paragraphes 3 et 4, de la directive 2014/25/UE.

Force est de constater que le dispositif inscrit dans l'article 81, § 5, alinéas 2 et 4, proposé, de la loi du 17 juin 2016 ne remplit pas les conditions précitées sur plusieurs points. En effet, les critères d'attribution qui y sont imposés contiennent une discrimination et ne sont en outre pas suffisamment liés à l'objet du marché, même si l'article 84, § 5, alinéa 2, proposé, fait expressément référence à « l'objet du marché public concerné ».

2.3. La jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'État précise le principe d'égalité dans le contexte de l'attribution de marchés publics comme suit :

(traduction) « Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires suppose que la procédure de passation se déroule de manière transparente et que la publicité soit la règle. Le pouvoir adjudicateur doit offrir aux soumissionnaires une chance identique de remporter le marché public, ce qui implique qu'ils doivent se trouver dans une même situation tant au stade de la préparation de leurs offres que lors de l'appréciation de celles-ci par le pouvoir adjudicateur (...) »¹².

¹⁰ C.J.U.E., 4 décembre 2003, C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH*, (concernant la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 'portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures' et la directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989 'portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux'), en particulier les points 37 à 39.

¹¹ Voir déjà C.J.U.E., 17 septembre 2002, C-513/99, *Concordia Bus Finland* (concernant la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 'portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications' et la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 'portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services').

¹² Voir à titre d'exemple : C.E., 27 mars 2013, n° 223.033, *NV Tractebel Engineering*, point 12.

Cette jurisprudence s'inscrit dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de marchés publics, en vertu de laquelle le principe d'égalité constitue un moyen de réaliser le marché intérieur et d'aboutir à une concurrence non faussée dans tous les États membres :

« 28. Parmi les objectifs principaux des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics figure celui d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres. Pour la poursuite de ce double objectif, le droit de l'Union applique notamment le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ou des candidats et l'obligation de transparence qui en découle.

29. L'application du principe d'égalité de traitement dans les procédures de passation de marchés publics ne constitue donc pas une fin en soi, mais doit être appréhendée dans la perspective des objectifs qu'il poursuit.

30. Selon une jurisprudence constante, ce principe exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié (voir arrêt du 3 mars 2005, *Fabrimcom*, C-21/03 et C-34/03, Rec. p. I-1559, point 27 et jurisprudence citée) »¹³.

Le régime proposé aura pour effet que des soumissionnaires actifs dans le secteur de la production de moyens de transport publics et établis dans d'autres États membres de l'Union européenne se trouveront, sur la seule base du critère du lieu où ils organisent leur production, dans une situation plus désavantageuse pour l'appréciation de leurs offres que les soumissionnaires établis en Belgique,

Pareille distinction visant à désavantager les soumissionnaires établis dans d'autres États membres ne paraît nullement pertinente au regard des principes et des objectifs qui sont à la base de la réglementation en matière de marchés publics et, partant, est incompatible avec le principe d'égalité.

2.4. Les règles qui font notamment dépendre le choix du soumissionnaire du lieu de production sont également sans rapport avec l'objet du marché.

La doctrine souligne en la matière que les critères d'attribution ont pour but de choisir la meilleure offre et visent à apprécier leur qualité intrinsèque¹⁴.

(traduction) « Les critères d'attribution contiennent les critères de fond pour le choix de la meilleure offre et visent à apprécier la qualité intrinsèque des offres soumises. Pour qu'il puisse en être ainsi, les critères d'attribution doivent comporter une norme d'évaluation, une pierre de touche, un critère sur lesquels se fonde l'appréciation. Il doit s'agir d'une donnée préétablie avec laquelle les soumissions sont plus ou moins systématiquement comparées¹⁵ (...) ».

¹³ C.J.U.E., 10 octobre 2013, C-336/12, *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser*.

¹⁴ L. SCHELLEKENS, « Bestek » in D. D'HOOGHE et N. KIEKENS, *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, die Keure, 2016, p. 616.

¹⁵ Note 100 de l'ouvrage cité : C.E., 19 septembre 2008, n° 186.386, *L3M Architectenvennootschap*; C.E., 13 novembre 2009, n° 198.917, *Eurobussing Vlaanderen*; C.E., 18 février 2011, n° 211.380, *Architektenburo Aros*; C.E., 17 novembre 2011, n° 216.319, *Tryhou*; C.E., 16 janvier 2012, n° 217.242, *Dzine*; C.E., 11 octobre 2012, n° 220.970, *Konica-Minolta business solutions*; C.E., 8 janvier 2013, n° 221.953, a.s.b.l. *De kindervriend*; C.E.,

La condition du lieu de production du soumissionnaire ne permet pas d'apprécier la qualité intrinsèque de l'offre soumise au regard de l'objet du marché. Il est impossible d'apprécier ce critère purement géographique sur la base de « précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution » (voir la condition imposée par l'article 67, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE).

En outre, le dispositif proposé ne semble pas compatible avec les « critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux » prévus à l'article 67, paragraphe 2, de la directive 2014/24/UE.

Les développements de la proposition de loi relèvent que « [c']est ainsi notamment qu'il serait absurde, socialement parlant, que le pouvoir adjudicateur désigne un soumissionnaire qui ferait produire les moyens de transport public à l'étranger, ce qui entraînerait la perte de nombreux emplois chez un fabricant comparable en Belgique ». L'objectif social que poursuivent les auteurs de la proposition de loi concerne donc le maintien de l'emploi en Belgique.

Cette finalité sociale générale très étendue et l'obligation de prendre en considération les avantages en termes d'emploi en Belgique lors de l'évaluation des critères d'attribution ne semblent pas conciliables avec les possibilités que les directives offrent en ce qui concerne les critères d'attribution sociaux. En effet, ceux-ci sont plus spécifiques et limités à des critères d'attribution liés à des « mesures visant à protéger la santé du personnel participant au processus de production, à favoriser l'intégration des personnes défavorisées ou appartenant à des groupes vulnérables parmi les personnes chargées d'exécuter le marché ou à former aux compétences nécessaires pour le marché en question » (voir le considérant 99 de la directive 2014/24/UE).

On peut formuler une observation similaire à propos de la condition relative aux « aspects environnementaux » qui visent à accorder, lors de l'attribution, la « priorité » aux entreprises dont les sites de production se situent le plus près de l'endroit où les moyens de transport public seront effectivement utilisés.

Les développements de la proposition de loi ont beau chercher à se rattacher à des objectifs comme le réchauffement climatique et le souci de faire respecter les normes environnementales, le critère choisi semble – même en faisant abstraction de la constatation qu'il n'est pas lié à l'objet du marché – ne pas être suffisamment en adéquation avec l'objectif de la protection de l'environnement. Il se peut en effet, par exemple, qu'une entreprise établie dans un État membre éloigné produise des moyens de transport d'une manière plus écologique et/ou des moyens de transport plus durables que dans une entreprise située en Belgique (ou à proximité) et que cet avantage dépasse les dommages environnementaux qui résulteraient éventuellement d'un déplacement (unique) des moyens de transport vers la Belgique. La condition proposée en

26 février 2013, n° 222.644, Ecoast research centre Ostend; C.E., 26 juin 2013, n° 224.114, IR-Architect Bart TRYHOU; C.E., 20 février 2014, n° 226.499, s.c.r.l. Axis architecten & ingenieurs; C.E., 12 juin 2015, n° 231.568, Aramark.

matière d'« aspects environnementaux » apparaît donc insuffisamment liée à la protection environnementale en tant que telle mais relève plutôt du protectionnisme.

2.5. Il en résulte que la proposition de loi n'est pas compatible, sur différents points, avec l'ensemble des possibilités en matière de critères d'attribution sociaux et écologiques que les directives 2014/24/UE et 2014/25/EU offrent cependant.

3.1. Par ailleurs, le droit européen impose certaines obligations même en dehors du cadre des directives 2014/24/UE et 2014/25/UE. Tel est notamment le cas des marchés publics qui, s'ils sont certes inférieurs aux seuils européens, présentent néanmoins un « intérêt transfrontalier certain ». À cet égard, la Cour de justice de l'Union européenne a relevé ce qui suit :

« Conformément à la jurisprudence constante de la Cour, la passation des marchés qui, eu égard à leur valeur, ne relèvent pas du champ d'application des directives en matière de passation des marchés publics est néanmoins soumise aux règles fondamentales et aux principes généraux du traité FUE, en particulier aux principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité ainsi qu'à l'obligation de transparence qui en découle, pour autant que ces marchés présentent un intérêt transfrontalier certain (...) ¹⁶ ».

Eu égard à cette constatation, il a été demandé au délégué de préciser comment les dispositions proposées se concilieraient avec le marché intérieur, la libre circulation des biens et la liberté d'établissement. Le délégué a répondu :

« (...) L'un des objectifs de la proposition est de garantir aux travailleurs produisant les éléments faisant l'objet de l'offre la protection sociale la plus haute possible. Cette haute protection sociale est garantie en cas d'emploi en Belgique. Cette clause constitue donc un lutte contre le dumping social, puisqu'une occupation en Belgique permet un contrôle suffisant des conditions de travail et octroie le bénéfice d'une législation sociale développée. La présente proposition de loi a donc pour objet la protection des travailleurs.

Le droit de l'Union permet l'application de restrictions aux libertés fondamentales, dès lors qu'elles sont justifiées par des objectifs expressément prévus dans le traité. Par exemple, l'article 52 du traité autorise les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

Les restrictions qui ne comportent pas de discrimination fondée sur la nationalité peuvent également être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général telles que reconnues par la jurisprudence de la Cour de justice. Ces raisons incluent :

- la protection de l'environnement,
- la cohésion du système fiscal
- la lutte contre la fraude fiscale
- le maintien en place d'une communauté agricole et la lutte contre la spéculation foncière excessive

¹⁶ C.J.U.E., C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni Srl*, 6 octobre 2016, point 19.

- la planification de l'utilisation des sols (par exemple les restrictions à l'installation de résidences secondaires)
- la protection des consommateurs
- la protection des travailleurs, et
- la protection des créanciers et des actionnaires minoritaires.

(voir à ce sujet, notamment, La communication de la Commission du Parlement européen, du 9.7.2018, COM(2018) 547 final 'Protection des investissements intra-EU', p.14 et la jurisprudence citée ; <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/FR/COM-2018-547-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>)

Par ailleurs, l'un des critères souligné est l'occupation en Belgique et non pas nécessairement par des travailleurs belges. Ce faisant, la présente proposition de loi ne constitue pas une violation du principe de non discrimination sur base de la nationalité, ni aux principes de libre circulation des services ou des travailleurs ».

Nonobstant les explications fournies par le délégué, le dispositif proposé implique que les chances des entreprises de remporter un marché public sont sensiblement réduites si elles n'occupent pas de travailleurs en Belgique. En effet, comme le précisent les développements de la proposition de loi, l'article 81, § 5, alinéa 3, proposé, de la loi du 17 juin 2016 instaure un dispositif qui, pour déterminer l'offre la plus avantageuse sur le plan économique, tient compte de l'impact sur l'emploi en Belgique, en cas d'exécution du marché (conversion en nombre d'équivalents temps plein). Un tel dispositif se concilie difficilement avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁷ et est, plus généralement et compte tenu de son caractère protectionniste, contraire aux principes garantissant le marché intérieur¹⁸.

Les explications fournies par le délégué ne permettent pas de déterminer pourquoi, dans la lutte contre le dumping social et la protection des travailleurs, toutes les entreprises de tous les États membres de l'Union européenne autres que la Belgique, doivent être lésées ni en quoi une limitation aussi importante des libertés du marché intérieur serait justifiée au regard d'une finalité – et à laquelle elle serait raisonnablement proportionnée – qui ne fait que poursuivre la protection de l'industrie et des emplois nationaux. En tout état de cause, un tel dispositif semble disproportionné dans la mesure où le marché public peut être exécuté à l'étranger sur la base de la législation sociale qui y est en vigueur¹⁹.

Le régime de priorité proposé ne répond en tout cas pas aux conditions de nécessité et de proportionnalité que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne exige au regard de l'application des articles 34, 36 et 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁷ Voir, par exemple, C.J.U.E., 22 juin 1993, C-243/89, *Commission c. Danemark*, points 4, 23 et 24 à 27. Dans cette affaire, la Cour de justice a jugé qu'un État membre qui, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, lance une invitation à soumissionner sur la base d'une condition prévoyant l'utilisation la plus large possible de matériaux, de biens de consommation, de main-d'œuvre et de matériel nationaux, ne respecte pas les principes du Traité qui lui incombent.

¹⁸ Voir, en ce sens, par exemple, S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement Volume 1: Regulation in the EU and UK*, Oxford, Sweet & Maxwell, 2014, pp. 151-152.

¹⁹ Comp. C.J.U.E., 18 septembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, points 31 à 34.

3.2. Il se déduit des observations formulées au point 3.1, que le « régime de priorité » inscrit à l'article 81, § 5, alinéas 2 à 4, proposé, de la loi du 17 juin 2016, contient au moins une discrimination indirecte sur la base de la nationalité et est contraire aux principes de droit européen précités.

4.1. Dès lors que l'article 81, § 5, alinéa 4, proposé, de la loi du 17 juin 2016 dispose qu'en ce qui concerne les aspects environnementaux, la priorité est également donnée aux soumissionnaires dont les sièges de production sont les plus proches du lieu où les moyens de transport publics seront effectivement utilisés et respectent les normes environnementales les plus strictes, les mêmes objections peuvent être formulées que celles émises dans le présent avis à propos du principe de la liberté de choix en ce qui concerne les critères d'attribution et le lien requis avec l'objet du marché. Par ailleurs, on attirera encore l'attention sur le considérant 97 de la directive 2014/24/UE qui souligne que dans l'attribution du marché, il n'est pas permis de contrôler si « les soumissionnaires [ont] mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise » :

« (...) Toutefois, la condition de l'existence d'un lien avec l'objet du marché exclut les critères et conditions relatifs à la politique générale de l'entreprise, qui ne peuvent être considérés comme un élément caractérisant le processus spécifique de production ou de fourniture des travaux, produits ou services achetés. Les pouvoirs adjudicateurs ne devraient dès lors pas être autorisés à exiger des soumissionnaires qu'ils aient mis en place une politique particulière de responsabilité sociale ou environnementale de l'entreprise ²⁰ ».

En outre, dans la mesure où la condition relative au respect des « normes environnementales les plus strictes » pourrait s'interpréter comme reproduisant l'exigence de respecter et de faire respecter toutes les obligations dans le domaine du droit environnemental, cette reproduction est superflue au regard de ce que prévoit d'ores et déjà l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 ²¹.

4.2. Pour les motifs mentionnés au point 4.1, il y a lieu de constater que le dispositif proposé accordant la priorité aux soumissionnaires qui respectent les normes environnementales les plus strictes se heurte lui aussi à différentes objections.

²⁰ Voir également le considérant 102 de la directive 2014/25/UE. Pour une application, voir : C.J.U.E., 4 décembre 2003, C-448/01, *EVN AG et Wienstrom GmbH*, points 68 à 71.

²¹ Conformément à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, les opérateurs économiques sont tenus de respecter et de faire respecter par toute personne agissant en qualité de sous-traitant à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales en matière de droit environnemental, social et du travail énumérées à l'annexe II.

5. Le dispositif proposé soulève à ce point des objections au regard du droit européen qu'il conviendrait de soumettre la proposition de loi à une refonte complète et qu'elle ne saurait, dans sa version actuelle, se concrétiser. Pour ce motif, la section de législation renonce à en poursuivre l'examen.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME