



RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

advies 71.771/1
van 4 juli 2022

avis 71.771/1
du 4 juillet 2022

over

sur

een ontwerp van koninklijk
besluit ‘betreffende de
beperkende maatregelen
inzake overheidsopdrachten
naar aanleiding van de acties
van Rusland die de situatie in
Oekraïne destabiliseren’

un projet d’arrêté royal
‘concernant des mesures
restrictives en matière de
marchés publics eu égard aux
actions de la Russie
déstabilisant la situation en
Ukraine’

Op 27 juni 2022 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Eerste Minister verzocht binnen een termijn van vijf werkdagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende de beperkende maatregelen inzake overheidsopdrachten naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren’.

Het ontwerp is door de eerste kamer onderzocht op 30 juni 2022. De kamer was samengesteld uit Marnix VAN DAMME, kamervoorzitter, Wouter PAS en Inge VOS, staatsraden, Michel TISON en Johan PUT, assessoren, en Greet VERBERCKMOES, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Arne CARTON, auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 4 juli 2022.

*

Le 27 juin 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Premier Ministre à communiquer un avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un projet d'arrêté royal ‘concernant des mesures restrictives en matière de marchés publics eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine’.

Le projet a été examiné par la première chambre le 30 juin 2022. La chambre était composée de Marnix VAN DAMME, président de chambre, Wouter PAS et Inge VOS, conseillers d'État, Michel TISON et Johan PUT, assesseurs, et Greet VERBERCKMOES, greffier.

Le rapport a été présenté par Arne CARTON, auditeur.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 4 juillet 2022.

*

1. Volgens artikel 84, § 1, eerste lid, 3°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, moeten in de adviesaanvraag de redenen worden opgegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval wordt het verzoek om spoedbehandeling in de adviesaanvraag als volgt gemotiveerd:

“Considérant que le Règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine interdit d’attribuer des marchés publics à des opérateurs économiques avant un lien avec la Russie ou d’en poursuivre l’exécution et que les contrats en cours doivent être résiliés avant le 10 octobre;

Considérant les Etats membres peuvent octroyer des dérogations dans certains cas déterminés par le Règlement n° 833/2014;

Considérant que, le cas échéant, il y a lieu d’octroyer ces dérogations avant le 10 octobre, de désigner une autorité compétente et de fixer une procédure formelle encadrant l’octroi de dérogations;

Considérant qu’il est nécessaire d’informer les adjudicateurs dans les meilleurs délais.”

*

2. Overeenkomstig artikel 84, § 3, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, heeft de afdeling Wetgeving zich moeten beperken tot het onderzoek van de bevoegdheid van de steller van de handeling, van de rechtsgrond, alsmede van de vraag of aan de te vervullen vormvereisten is voldaan.

*

STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP

3. Het om advies voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit strekt tot uitvoering van artikel 5 *duodecies* van verordening (EU) nr. 833/2014 van de Raad van 31 juli 2014 ‘betreffende beperkende maatregelen naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren’.¹ Het voormeld artikel 5 *duodecies* omvat een verbod tot het gunnen of voortzetten van de uitvoering van bepaalde overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten (lid 1) en een afwijkmogelijkheid waarbij de bevoegde autoriteiten toestemming kunnen verlenen voor de gunning en voortzetting van de uitvoering van een aantal categorieën van overeenkomsten (lid 2).

¹ Dit artikel werd ingevoegd bij verordening (EU) 2022/576 van de Raad van 8 april 2022 ‘tot wijziging van Verordening (EU) nr. 833/2014 betreffende beperkende maatregelen naar aanleiding van de acties van Rusland die de situatie in Oekraïne destabiliseren’ (PB L 111 van 8.4.2022, blz. 1-66).

Het te nemen besluit wijst de Eerste Minister aan als bevoegde autoriteit in de zin van artikel 5 *duodecies*, lid 2, van verordening (EU) nr. 833/2014 (artikel 1 van het ontwerp), omvat een verplichting voor aanbesteders om verzoeken tot afwijking in de zin van artikel 5 *duodecies*, lid 2, van verordening (EU) nr. 833/2014 in beginsel aan de Eerste Minister te richten (artikel 2), bevat nadere regels inzake de wijze van verzending en inhoud van dergelijke verzoeken (artikel 3), stelt een termijnregeling vast (artikel 4), bepaalt dat de Eerste Minister het advies kan inwinnen van gewest- en/of gemeenschapsregeringen (artikel 5), bepaalt de beleidsvrijheid van de Eerste Minister bij het beoordelen van een verzoek tot afwijking (artikel 6), biedt de mogelijkheid aan de Eerste Minister om een toestemming voor de gunning of de voortzetting van de uitvoering van een overheidsopdracht of concessieovereenkomst uit te breiden naar alle aanbesteders (artikel 7) en staat op algemene wijze de gunning en voortzetting van de uitvoering toe van de in “artikel 5 *duodecies*.2, e)” – lees: artikel 5 *duodecies*, lid 2, e), – van verordening (EU) nr. 833/2014 bedoelde overheidsopdrachten met betrekking tot de aankoop, de invoer of het vervoer van aardgas (artikel 8).

Het te nemen besluit treedt in werking op de datum van bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* (artikel 9 van het ontwerp).

4. De ontworpen regeling vindt rechtsgrond in de bepalingen waarnaar wordt verwezen in het tweede tot vijfde lid van de aanhef van het ontwerp.

VORMVEREISTEN

5. Artikel 171, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, artikel 65, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ en artikel 46, § 1, tweede lid, van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ vereisen dat de maatregelen die genomen zijn ter uitvoering van het eerste lid van die artikelen het voorwerp uitmaken van een verslag dat aan de Kamer van volksvertegenwoordigers wordt voorgelegd.

De stellers van het ontwerp dienen erover te waken dat dit vormvereiste wordt nageleefd.

6. Aangezien artikel 8 van het ontwerp reeds een algemene toestemming impliceert die overeenkomstig artikel 5 *duodecies*, lid 2, e), van verordening (EU) nr. 833/2014 wordt verleend, moeten overeenkomstig artikel 5 *duodecies*, lid 3, van verordening (EU) nr. 833/2014 de Europese Commissie en de andere lidstaten hiervan in kennis worden gesteld binnen twee weken na de verlening van de toestemming.

Er dient over gewaakt te worden dat, nadat het ontwerp is aangenomen door de Koning, aan het voormelde vormvoorschrift zal worden voldaan binnen de in artikel 5 *duodecies*, lid 3, vermelde termijn van twee weken.

ONDERZOEK VAN DE TEKST

Opschrift

7. Artikel 5 *duodecies* van verordening (EU) nr. 833/2014 betreft zowel overheidsopdrachten als concessieovereenkomsten. Met het oog op de overeenstemming met de bepalingen van de verordening en de herkenbaarheid van de regeling moeten in het opschrift de woorden “en concessieovereenkomsten” worden ingevoegd na het woord “overheidsopdrachten”.

Artikel 2

8. Eveneens met het oog op de overeenstemming met de bepalingen van de verordening, schrijve men in artikel 2 van het ontwerp “voor het gunnen of voortzetten van de uitvoering van een overheidsopdracht of een concessieovereenkomst” in de plaats van “voor het gunnen of voortzetten van een overheidsopdracht”.

9. Luidens artikel 2, tweede lid, van het ontwerp gaat het verzoek om toestemming uit van “de aanbesteder”.

Om onzekerheid over het personeel toepassingsgebied van de ontworpen regeling uit te sluiten², verdient het aanbeveling om het begrip “aanbesteder” te omschrijven, hetgeen door de gemachtigde werd bijgetreden.

Artikel 5

10. Met het oog op de verenigbaarheid met het beginsel van de wederzijdse autonomie van de entiteiten binnen de federale staat³ en de overeenstemming tussen de taalversies, moet in de Nederlandse tekst van artikel 5 van het ontwerp worden bepaald dat de Eerste Minister het advies van gewest- en gemeenschapsregeringen kan “vragen” (niet: inwinnen).

² Zo bevat de wet van 13 augustus 2011 bijvoorbeeld geen definitie van het begrip “aanbesteder”.

³ Het beginsel van de wederzijdse autonomie van de verschillende entiteiten van de federale Staat houdt in dat een entiteit, ongeacht of het om een federale of een deelentiteit gaat, een andere entiteit niet mag verplichten om te worden betrokken bij de toepassing of de uitvoering van een regelgeving die eerstgenoemde entiteit eenzijdig uitgevaardigd heeft en staat er aan in de weg dat een van die overheden bij het samenstellen van de door haar opgerichte organen voorziet in de verplichte medewerking van vertegenwoordigers van een ander bevoegdheidsniveau (Zie o.m. adv.RvS 63.476/VR van 12 juli 2018 over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 25 november 2018 ‘houdende de oprichting van de Nationale Raad voor de Productiviteit’, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3279/001, opmerking 5).

Artikelen 7 en 8

11. Artikel 7 van het ontwerp voorziet in de mogelijkheid voor de Eerste Minister om de draagwijdte van de toestemming om een overheidsopdracht of concessieovereenkomst te gunnen of de uitvoering te blijven voorzetten, uit te breiden naar alle aanbesteders.

Gevraagd of het gaat om een uitbreiding naar “gelijkaardige” overheidsopdrachten of concessies, dan wel of het voorwerp en de voorwaarden van de overheidsopdracht of concessie dezelfde dienen te zijn, antwoordde de gemachtigde:

“Het artikel 7 heeft slechts zin indien de voorwaarden en het voorwerp niet helemaal identiek moeten zijn, opdat een uitbreiding zou kunnen tussenkomen. Zodoende zou het gaan om een mogelijkheid tot uitbreiding naar ‘gelijkaardige’ opdrachten of concessies. Dit moet misschien duidelijker blijken in het dispositief.”

Het verdient aanbeveling om deze bedoeling op een meer expliciete wijze tot uitdrukking te brengen in de tekst van het ontwerp.

12. Artikel 7 van het ontwerp laat de Eerste Minister toe om een gegroepeerde toestemming te verlenen.

Artikel 8 van het ontwerp voorziet daarnaast ook in een algemene toestemming voor de gunning en de voortzetting van de uitvoering van overheidsopdrachten met betrekking tot de aankoop, de invoer of het vervoer van aardgas, waarbij de aanbesteders worden vrijgesteld om een aanvraag tot afwijking in te dienen. Aldus worden de gunning en de voortzetting van de uitvoering van bepaalde opdrachten van rechtswege toegestaan.

Bij beide bepalingen rijst de vraag of het verlenen van gegroepeerde toestemmingen spoort met artikel 5 *duodecies*, lid 2, van verordening (EU) nr. 833/2014.

Wat artikel 8 van het ontwerp betreft, rijst bovendien de vraag naar de overeenstemming met artikel 5 *duodecies*, lid 2, van verordening (EU) nr. 833/2014, in de mate dat het een “toestemming” van de “bevoegde autoriteiten” veronderstelt.

Hierover ondervraagd, antwoordde de gemachtigde:

“Meerdere lidstaten hebben op een vergadering van Europese EXPP werkgroep (in aanwezigheid van diensten van de Europese Commissie) aangegeven dat ze voor sommige aspecten noodgedwongen gebruik zouden maken van ‘autorisations groupées’. Indien het initiatief voor het bekomen van een toestemming voor alle hypothesen uitsluitend zou afhangen van de aanbesteder, dan dreigen een aantal onwenselijke gevolgen te ontstaan. Ofwel dreigen een aantal gevallen waarvoor een afwijking nodig is, niet toegekend te zullen worden, omdat de aanbesteder er in sommige hypothesen onkundig van kan zijn dat hij beter een verzoek om toestemming zou indienen, ofwel dreigen de bevoegde autoriteiten overstelpt te worden met dergelijke verzoeken (daar waar er misschien initieel zelfs geen enkel probleem is) en/of vragen of een dergelijk verzoek moet worden aangevraagd. De betreffende diensten van de Europese Commissie hebben deze aanpak niet afgekeurd in de voormelde vergaderingen. Er werd een schriftelijk verzoek tot opheldering verstuurd naar de diensten van de Europese Commissie omtrent de precieze mogelijkheden om op gegroepeerde wijze de betreffende toestemming te verlenen voor sommige hypothesen.

Vooralsnog kon echter nog geen antwoord worden ontvangen vanwege de betreffende diensten van de Europese Commissie.

Een benadering waarbij, voor elke hypothese, een afwijking moet aangevraagd worden door de aanbesteder, lijkt in sommige gevallen onwerkbaar en komt zodoende wellicht niet overeen met de bedoeling van de Europese regelgever.”

Uit de stukken gevoegd bij de adviesaanvraag blijkt bovendien dat er met betrekking tot voormelde vragen reeds contacten zijn geweest met de diensten van de Europese Commissie, waarbij in een schrijven van 28 juni 2022, dat door de gemachtigde werd bezorgd, het volgende voorlopig en informeel standpunt werd meegedeeld door deze diensten:

“(…) From our point of view, the sanctions Regulation does not rule out the possibility of general authorisations. Art. 5k(2) of the sanctions Regulation gives the competent national authorities the power to provide authorisations and does not limit or regulate the authorisation procedure or mechanism. It is therefore up to the Member States and their respective competent bodies to determine the suitable way of authorisation in coherence with the respective Member States’ law. The same applies to ‘grouped’ authorisations, understood as authorisations granted for multiple cases at once. General or grouped authorizations could have the effect of releasing buyers from the need to analyse or check for the involvement of sanctioned individuals or entities and ask for authorisation in singular cases. (...)”⁴

De afdeling Wetgeving neemt akte van voormelde *prima facie* beoordeling door de diensten van de Europese Commissie, waarin er onder meer op wordt gewezen dat de procedure of het mechanisme waaronder de toestemming verleend kan worden door de verordening niet wordt geregeld, noch beperkt, doch dient op dit punt een voorbehoud te maken.

13. Ter verantwoording van de keuze om in artikel 8 van het ontwerp enkel te voorzien in een algemene vrijstelling voor de gunning en de voortzetting van de uitvoering van overheidsopdrachten met betrekking tot de aankoop, de invoer of het vervoer van aardgas⁵ wordt in het verslag aan de Koning gewezen op de situatie van “[h]eel wat aankopers” van gas, waarvoor het “bijna onmogelijk” is te weten of de sanctie specifiek van toepassing kan zijn op de opdracht die zij in dat kader hebben toegewezen.

In dit verband om verdere toelichting verzocht, verklaarde de gemachtigde:

“Wat de aankoop van aardgas betreft is het voor aanbesteders bijvoorbeeld quasi onbegonnen werk om te weten of de sanctie van artikel 5 *duodecies* specifiek van toepassing zou kunnen zijn op de opdracht die zij in dat kader hebben toegewezen. De afhankelijkheid van België van Russisch gas is, zoals algemeen geweten, nochtans zeer beperkt, maar er zijn geen gegevens beschikbaar per trader. De AD Energie van de FOD Economie liet ons daarnaast weten dat Belgische en EU-traders in België voor minder dan 6% aardgas afkomstig uit Rusland aankopen.

⁴ De verwijzing naar artikel 5k(2) betreft een verwijzing naar artikel 5 *duodecies*, lid 2 (de nummering is anders in de Engelse taalversie van de verordening).

⁵ Artikel 5 *duodecies*, lid 2, e), van de verordening, verwijst niet alleen naar aardgas, maar ook naar “olie, met inbegrip van geraffineerde aardolieproducten, alsmede titaan, aluminium, koper, nikkel, palladium en ijzererts”.

Meer bepaald kan 2,1 % van LNG-import met zekerheid gelinkt worden aan Rusland (zie pagina 33 van de Energy Key Data van februari 2022 van de FOD Economie).

Wat de import van aardgas door middel van pijplijnen betreft kunnen uit de aard der zaak geen exacte cijfers worden verschaft, omdat Russisch gas ook deels vermengd zit in de doorvoer vanuit Nederland en Duitsland. De AD Energie van de FOD Economie heeft bevestigd dat de stromen op dit moment echter gekeerd zijn naar West-Oost richting, waarbij ons land maximaal uitvoert naar Duitsland omwille van gereduceerde leveringen via 'NSI'.

Zodoende is het voor aanbesteders uiterst moeilijk om in detail na te gaan, voor elke periode en aan de hand van precieze data, of hun contract inzake gasbevoorrading onderworpen zou kunnen zijn aan de maatregel vermeld in artikel 5 duodecies, in het licht van (onder meer) het criterium dat ook onderaannemers en leveranciers ervoor kunnen zorgen dat men onder de maatregel valt (of entiteiten wiens draagkracht wordt ingeroepen), wanneer de voormelde personen meer dan 10 % van de waarde van de opdracht vertegenwoordigen (zie artikel 5.1 duo[de]cies).

De toepassing van artikel 8 werd beperkt tot gas en werd niet uitgebreid tot andere grondstoffen zoals olie, omdat we ervan uitgingen dat er alleen voor aankopen van gas uitermate veel aanbesteders dergelijke contracten hebben aangegaan en zich zodoende de vraag zouden kunnen stellen of hun contract onder het toepassingsgebied van de sancties betreft, met name in het licht van de voormelde drempel van 10 % en de moeilijkheden om één en ander concreet na te gaan. Daarnaast is de problematiek van de onmogelijkheid om, tenminste voor bepaalde aspecten, exacte data aan te leveren, specifiek voor aardgas.

Indien zich toch een probleem zou voordoen voor een andere grondstof kan desgevallend nog gebruik gemaakt worden van artikel 7. Op dit moment beschikken we echter niet over informatie dat zich ook voor een andere in artikel 5 duodecies.2, e) vermelde grondstof, gelijkaardige problemen zouden kunnen voordoen als het hierboven geschetste probleem in verband met aardgas."

De Raad van State, afdeling Wetgeving, neemt akte van deze verantwoording, maar is bij gemis aan de vereiste kennis van de feitelijke gegevens waarop deze verantwoording steunt, niet in de mogelijkheid om de deugdelijkheid ervan in het licht van de grondwettelijke beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie te beoordelen.

Bovendien valt op te merken dat de toelichting in het verslag aan de Koning en de aangehaalde uitleg van de gemachtigde vooral betrekking lijken te hebben op de situatie van de lopende overeenkomsten voor aardgas. De adviesaanvrager zal in staat moeten zijn aan te tonen dat voormelde verantwoording ook geldt voor de toekomstige gunning van dergelijke opdrachten.⁶

*

⁶ Dit geldt inzonderheid in het licht van de mogelijkheid voor aanbesteders om tijdens de gunningsprocedure bij kandidaten of inschrijvers inlichtingen in te winnen (met inbegrip van informatie over bijvoorbeeld onderaannemers of leveranciers). In dit verband kan bijvoorbeeld gewezen worden op het antwoord op vraag 11 van het document “Public Procurement - Frequently Asked Questions – as of 2 June 2022” van de Europese Commissie:

“(…) In order to ensure that there is no Russian involvement in the contract, the public buyer may request a statement by the contractor along the following lines:

I declare under honour that there is no Russian involvement in the contract of the company I represent exceeding the limits set in Article 5k of Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine, as amended by Council Regulation (EU) No 2022/578 of 8 April 2022. (...)” (Beschikbaar op de website van de Europese Commissie: https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/faqs-sanctions-russia-public-procurement_en.pdf).

1. Conformément à l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 3^o, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la demande d'avis doit indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, l'urgence est motivée dans la demande d'avis comme suit :

« Considérant que le Règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine interdit d'attribuer des marchés publics à des opérateurs économiques avant un lien avec la Russie ou d'en poursuivre l'exécution et que les contrats en cours doivent être résiliés avant le 10 octobre;

Considérant les Etats membres peuvent octroyer des dérogations dans certains cas déterminés par le Règlement n° 833/2014;

Considérant que, le cas échéant, il y a lieu d'octroyer ces dérogations avant le 10 octobre, de désigner une autorité compétente et de fixer une procédure formelle encadrant l'octroi de dérogations;

Considérant qu'il est nécessaire d'informer les adjudicateurs dans les meilleurs délais. »

*

2. Conformément à l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, la section de législation a dû se limiter à l'examen de la compétence de l'auteur de l'acte, du fondement juridique ainsi que de l'accomplissement des formalités prescrites.

*

PORTÉE ET FONDEMENT JURIDIQUE DU PROJET

3. Le projet d'arrêté royal soumis pour avis a pour objet de pourvoir à l'exécution de l'article 5 *duodecies* du règlement (UE) n° 833/2014 du Conseil du 31 juillet 2014 'concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine' ¹. L'article 5 *duodecies* précité comporte une interdiction d'attribuer ou de poursuivre l'exécution de certains marchés publics ou contrats de concession (paragraphe 1) ainsi qu'une possibilité de dérogation permettant aux autorités compétentes d'autoriser l'attribution et la poursuite de l'exécution d'un certain nombre de catégories de contrats (paragraphe 2).

¹ Cet article a été inséré par le règlement (UE) 2022/576 du Conseil du 8 avril 2022 'modifiant le règlement (UE) n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine' (JO L 111 du 8.4.2022, pp. 1-66).

L'arrêté envisagé désigne le Premier Ministre comme l'autorité compétente au sens de l'article 5 *duodecies*, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 833/2014 (article 1^{er} du projet), comporte une obligation pour les adjudicateurs d'adresser des demandes de dérogation au sens de l'article 5 *duodecies*, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 833/2014 en principe au Premier Ministre (article 2), comporte des modalités concernant le mode d'envoi et le contenu de telles demandes (article 3), fixe un régime de délais (article 4), dispose que le Premier Ministre peut demander l'avis de gouvernements régionaux et/ou communautaires (article 5), détermine la liberté d'action du Premier Ministre lors de l'appréciation d'une demande de dérogation (article 6), permet au Premier Ministre d'étendre une autorisation d'attribution ou de poursuite de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de concession à tous les adjudicateurs (article 7) et autorise d'une manière générale l'attribution et la poursuite de l'exécution des marchés publics relatifs à l'achat, à l'importation ou au transport de gaz naturel, visés à « l'article 5 *duodecies*.2, e) » – lire : l'article 5 *duodecies*, paragraphe 2, e), – du règlement (UE) n° 833/2014 (article 8).

L'arrêté envisagé entre en vigueur le jour de sa publication au *Moniteur belge* (article 9 du projet).

4. Le régime en projet trouve un fondement juridique dans les dispositions visées aux deuxième à cinquième alinéas du préambule du projet.

FORMALITÉS

5. L'article 171, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', l'article 65, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' et l'article 46, § 1^{er}, alinéa 2, 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' imposent que les mesures prises en exécution de l'alinéa 1^{er} de ces articles fassent l'objet d'un rapport soumis à la Chambre des représentants.

Les auteurs du projet veilleront au respect de cette formalité.

6. L'article 8 du projet impliquant déjà une autorisation générale, accordée conformément à l'article 5 *duodecies*, paragraphe 2, e), du règlement (UE) n° 833/2014, la Commission européenne et les autres États membres doivent, conformément à l'article 5 *duodecies*, paragraphe 3, du règlement (UE) n° 833/2014, en être informés dans les deux semaines suivant l'octroi de l'autorisation.

On veillera à ce qu'après l'adoption du projet par le Roi, la formalité précitée soit accomplie dans le délai de deux semaines, visé à l'article 5 *duodecies*, paragraphe 3.

EXAMEN DU TEXTE

Intitulé

7. L'article 5 *duodecies* du règlement (UE) n° 833/2014 concerne tant les marchés publics que les contrats de concession. Dans un souci de conformité avec les dispositions du règlement et d'identification de la réglementation, il y a lieu d'insérer dans l'intitulé les mots « et de contrats de concession » après les mots « marchés publics ».

Article 2

8. Toujours dans un souci de conformité avec les dispositions du règlement, on écrira à l'article 2 du projet « pour l'attribution ou la poursuite de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de concession » plutôt que « pour l'attribution ou à la poursuite d'un marché public ».

9. Selon l'article 2, alinéa 2, du projet, la demande d'autorisation émane de « l'adjudicateur ».

Afin de dissiper toute incertitude quant au champ d'application personnel du dispositif en projet ², il est recommandé de définir la notion d'« adjudicateur », ce dont a convenu le délégué.

Article 5

10. Dans un souci de compatibilité avec le principe d'autonomie réciproque des entités au sein de l'État fédéral ³ et de concordance entre les versions linguistiques, il y a lieu de prévoir dans le texte néerlandais de l'article 5 du projet que le Premier Ministre peut demander (« vragen » et non : « inwinnen ») l'avis des gouvernements régionaux et communautaires.

² Ainsi, la loi du 13 août 2011 ne contient par exemple pas de définition de la notion d'« adjudicateur ».

³ Le principe de l'autonomie réciproque des différentes entités de l'État fédéral implique qu'une entité, qu'elle soit fédérale ou fédérée, ne peut contraindre une autre entité à s'associer à l'application ou à l'exécution d'une réglementation que la première citée a édictée unilatéralement et s'oppose à ce que l'une de ces autorités prévoie, pour la composition des organes créés par elle, d'imposer la collaboration de représentants d'un autre niveau de pouvoir (voir notamment l'avis C.E. 63.476/VR du 12 juillet 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 25 novembre 2018 'portant création du Conseil National de la Productivité', *Doc. parl.*, Chambre, 2017-18, n° 54-3279/001, observation 5).

Articles 7 et 8

11. L'article 7 du projet prévoit la possibilité pour le Premier Ministre d'étendre la portée de l'autorisation d'attribuer ou de poursuivre l'exécution d'un marché public ou d'une concession à tous les adjudicateurs.

À la question de savoir s'il s'agit d'une extension à des marchés publics ou des concessions « similaires » ou si l'objet et les conditions du marché public ou de la concession doivent être identiques, le délégué a répondu :

« Het artikel 7 heeft slechts zin indien de voorwaarden en het voorwerp niet helemaal identiek moeten zijn, opdat een uitbreiding zou kunnen tussenkomen. Zodoende zou het gaan om een mogelijkheid tot uitbreiding naar 'gelijkaardige' opdrachten of concessies. Dit moet misschien duidelijker blijken in het dispositief ».

Il est recommandé d'exprimer cette intention d'une manière plus explicite dans le texte du projet.

12. L'article 7 du projet autorise le Premier Ministre à accorder une autorisation groupée.

Par ailleurs, l'article 8 du projet prévoit également une autorisation générale pour l'attribution et la poursuite de l'exécution de marchés publics relatifs à l'achat, à l'importation ou au transport de gaz naturel, les adjudicateurs étant dispensés d'introduire une demande de dérogation. L'attribution et la poursuite de l'exécution de certains marchés sont ainsi autorisés de plein droit.

Pour les deux dispositions, la question se pose de savoir si l'octroi d'autorisations groupées se concilie avec l'article 5 *duodecies*, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 833/2014.

En ce qui concerne l'article 8 du projet se pose en outre la question de la conformité avec l'article 5 *duodecies*, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 833/2014, dans la mesure où il suppose une « autorisation » des « autorités compétentes ».

Interrogé à ce sujet, le délégué a donné la réponse suivante :

« Meerdere lidstaten hebben op een vergadering van Europese EXPP werkgroep (in aanwezigheid van diensten van de Europese Commissie) aangegeven dat ze voor sommige aspecten noodgedwongen gebruik zouden maken van 'autorisations groupées'. Indien het initiatief voor het bekomen van een toestemming voor alle hypothesen uitsluitend zou afhangen van de aanbesteder, dan dreigen een aantal onwenselijke gevolgen te ontstaan. Ofwel dreigen een aantal gevallen waarvoor een afwijking nodig is, niet toegekend te zullen worden, omdat de aanbesteder er in sommige hypothesen onkundig van kan zijn dat hij beter een verzoek om toestemming zou indienen, ofwel dreigen de bevoegde autoriteiten overstelpt te worden met dergelijke verzoeken (daar waar er misschien initieel zelfs geen enkel probleem is) en/of vragen of een dergelijk verzoek moet worden aangevraagd. De betreffende diensten van de Europese Commissie hebben deze aanpak niet afgekeurd in de voormelde vergaderingen. Er werd een schriftelijk verzoek tot opheldering verstuurd naar de diensten van de Europese Commissie omtrent de precieze mogelijkheden om op gegroepeerde wijze de betreffende toestemming te verlenen voor sommige hypothesen.

Vooralsnog kon echter nog geen antwoord worden ontvangen vanwege de betreffende diensten van de Europese Commissie.

Een benadering waarbij, voor elke hypothese, een afwijking moet aangevraagd worden door de aanbesteder, lijkt in sommige gevallen onwerkbaar en komt zodoende wellicht niet overeen met de bedoeling van de Europese regelgever ».

Il ressort en outre des pièces jointes à la demande d'avis qu'en ce qui concerne les questions mentionnées ci-dessus, des contacts ont déjà été pris avec les services de la Commission européenne, ces services ayant communiqué la position provisoire et informelle suivante dans une lettre du 28 juin 2022 fournie par le délégué :

« (...) From our point of view, the sanctions Regulation does not rule out the possibility of general authorisations. Art. 5k(2) of the sanctions Regulation gives the competent national authorities the power to provide authorisations and does not limit or regulate the authorisation procedure or mechanism. It is therefore up to the Member States and their respective competent bodies to determine the suitable way of authorisation in coherence with the respective Member States' law. The same applies to 'grouped' authorisations, understood as authorisations granted for multiple cases at once. General or grouped authorizations could have the effect of releasing buyers from the need to analyse or check for the involvement of sanctioned individuals or entities and ask for authorisation in singular cases. (...) » ⁴.

La section de législation prend acte de cette appréciation *prima facie* par les services de la Commission européenne, qui souligne notamment que la procédure ou le mécanisme permettant d'accorder l'autorisation n'est ni réglé ni limité par le règlement, mais elle se doit d'émettre une réserve sur ce point.

13. En guise de justification du choix de ne prévoir à l'article 8 du projet qu'une dispense générale pour l'attribution et la poursuite de l'exécution de marchés publics relatifs à l'achat, à l'importation et au transport de gaz naturel ⁵, le rapport au Roi attire l'attention sur la situation « [d]e nombreux acheteurs » de gaz pour lesquels il est « presque impossible » de savoir si la sanction peut être spécifiquement applicable au marché qu'ils ont attribué dans ce cadre.

Invité à fournir des précisions à ce sujet, le délégué a déclaré ce qui suit :

« Wat de aankoop van aardgas betreft is het voor aanbesteders bijvoorbeeld quasi onbegonnen werk om te weten of de sanctie van artikel 5 duodecies specifiek van toepassing zou kunnen zijn op de opdracht die zij in dat kader hebben toegewezen. De afhankelijkheid van België van Russisch gas is, zoals algemeen geweten, nochtans zeer beperkt, maar er zijn geen gegevens beschikbaar per trader. De AD Energie van de FOD Economie liet ons daarnaast weten dat Belgische en EU-traders in België voor minder dan 6% aardgas afkomstig uit Rusland aankopen.

⁴ La référence à l'article 5k(2) concerne une référence à l'article 5 *duodecies*, paragraphe 2 (la numérotation n'est pas la même dans la version anglaise du règlement).

⁵ L'article 5 *duodecies*, paragraphe 2, e), du règlement vise non seulement le gaz naturel mais aussi le « pétrole, y compris [les] produits pétroliers raffinés, ainsi que [l]e titane, [l]'aluminium, [l]e cuivre, [l]e nickel, [l]e palladium et [l]e minerai de fer ».

Meer bepaald kan 2,1 % van LNG-import met zekerheid gelinkt worden aan Rusland (zie pagina 33 van de Energy Key Data van februari 2022 van de FOD Economie).

Wat de import van aardgas door middel van pijplijnen betreft kunnen uit de aard der zaak geen exacte cijfers worden verschaft, omdat Russisch gas ook deels vermengd zit in de doorvoer vanuit Nederland en Duitsland. De AD Energie van de FOD Economie heeft bevestigd dat de stromen op dit moment echter gekeerd zijn naar West-Oost richting, waarbij ons land maximaal uitvoert naar Duitsland omwille van gereduceerde leveringen via 'NSI'.

Zodoende is het voor aanbesteders uiterst moeilijk om in detail na te gaan, voor elke periode en aan de hand van precieze data, of hun contract inzake gasbevoorrading onderworpen zou kunnen zijn aan de maatregel vermeld in artikel 5 duodecies, in het licht van (onder meer) het criterium dat ook onderaannemers en leveranciers ervoor kunnen zorgen dat men onder de maatregel valt (of entiteiten wiens draagkracht wordt ingeroepen), wanneer de voormelde personen meer dan 10 % van de waarde van de opdracht vertegenwoordigen (zie artikel 5.1 duo[de]cies).

De toepassing van artikel 8 werd beperkt tot gas en werd niet uitgebreid tot andere grondstoffen zoals olie, omdat we ervan uitgingen dat er alleen voor aankopen van gas uitermate veel aanbesteders dergelijke contracten hebben aangegaan en zich zodoende de vraag zouden kunnen stellen of hun contract onder het toepassingsgebied van de sancties betreft, met name in het licht van de voormelde drempel van 10 % en de moeilijkheden om één en ander concreet na te gaan. Daarnaast is de problematiek van de onmogelijkheid om, tenminste voor bepaalde aspecten, exacte data aan te leveren, specifiek voor aardgas.

Indien zich toch een probleem zou voordoen voor een andere grondstof kan desgevallend nog gebruik gemaakt worden van artikel 7. Op dit moment beschikken we echter niet over informatie dat zich ook voor een andere in artikel 5 duodecies.2, e) vermelde grondstof, gelijkaardige problemen zouden kunnen voordoen als het hierboven geschetste probleem in verband met aardgas ».

Le Conseil d'État, section de législation, prend acte de cette justification, mais, ne disposant pas de la connaissance requise des éléments de faits sur lesquels repose cette justification, il se trouve dans l'impossibilité d'en apprécier l'adéquation au regard des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination.

Il y a lieu d'observer en outre que le commentaire dans le rapport au Roi et les explications du délégué précitées paraissent surtout concerner la situation des contrats de gaz naturel en cours. Le demandeur d'avis devra être en mesure de démontrer que la justification précitée vaut également pour l'attribution future de ce type de marchés ⁶.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER

DE VOORZITTER - LE PRÉSIDENT

Greet VERBERCKMOES

Marnix VAN DAMME

⁶ Il en va plus particulièrement ainsi au regard de la possibilité pour les adjudicateurs de recueillir des informations auprès de candidats et de soumissionnaires pendant la procédure d'attribution (y compris des informations relatives, par exemple, à des sous-traitants ou des fournisseurs). Sur ce point, on peut par exemple attirer l'attention sur la réponse donnée à la question 11 du document « Public Procurement - Frequently Asked Questions – as of 2 June 2022 » de la Commission européenne :

« (...) In order to ensure that there is no Russian involvement in the contract, the public buyer may request a statement by the contractor along the following lines :

I declare under honour that there is no Russian involvement in the contract of the company I represent exceeding the limits set in Article 5k of Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine, as amended by Council Regulation (EU) No 2022/578 of 8 April 2022. (...) » (Disponible sur le site internet de la Commission européenne : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/faqs-sanctions-russia-public-procurement_en.pdf).