

SÉNAT DE BELGIQUE

SESSION DE 2005-2006

1^{er} JUIN 2006

**Projet de loi relatif aux marchés publics
et à certains marchés de travaux, de
fournitures et de services**

Procédure d'évocation

AMENDEMENTS
déposés après l'approbation
du rapport

N° 5 DE MM. STEVERLYNCK ET BROTCORNE

Art. 2

**Compléter le 1^o, d, troisième tiret, premier point,
de cet article, comme suit :**

*« , sauf s'il s'agit de marchés publics de travaux, de
fournitures et de services émanant de personnes
morales de droit privé, pour autant que ces activités
n'aient pas spécifiquement pour objet de satisfaire à
des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre
qu'industriel ou commercial et qu'elles soient finan-
cées autrement que par les autorités ou organismes
mentionnés au 1^o, a, b ou c. »*

Voir :

Documents du Sénat :

3-1689 - 2005/2006 :

N° 1 : Projet évoqué par le Sénat.
N° 2 : Amendements.
N° 3 : Rapport.

BELGISCHE SENAAAT

ZITTING 2005-2006

1 JUNI 2006

**Wetsontwerp overheidsopdrachten en
bepaalde opdrachten voor werken,
leveringen en diensten**

Evocatieprocedure

AMENDEMENTEN
ingediend na de goedkeuring
van het verslag

Nr. 5 VAN DE HEREN STEVERLYNCK EN
BROTCORNE

Art. 2

**Het 1^o, d, derde streepje, eerste punt, aanvullen
als volgt :**

*« , behalve voor de opdrachten voor werken,
leveringen en diensten, vanwege privaatrechtelijke
rechtspersonen, voorzover deze activiteiten niet vallen
onder het specifieke doel te voorzien in behoeften van
algemeen belang die niet van industriële of commer-
ciële aard zijn en met andere middelen worden
gefinancierd dan door de overheden of instellingen
vermeld in 1^o, a, b of c. »*

Zie :

Stukken van de Senaat :

3-1689 - 2005/2006 :

Nr. 1 : Ontwerp geëvoceerd door de Senaat.
Nr. 2 : Amendementen.
Nr. 3 : Verslag.

Justification

La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, traduit l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice qui tend à donner une interprétation plus fonctionnelle à la notion de « pouvoir adjudicateur ».

Pour la Belgique, cela signifie notamment qu'il est mis fin aux exceptions que le secrétaire d'État avait qualifiées de « probablement déjà incompatibles avec l'interprétation précédente ».

En conséquence, quantité d'institutions de droit privé dont l'objet relève de l'intérêt général seront désormais soumises entièrement aux règles de procédure fixées. Comme elles y sont soumises en tant qu'institutions, elles le seront donc aussi pour les activités purement commerciales qui ne sont ni contrôlées ni financées par les pouvoirs publics.

Les auteurs sont d'avis qu'une interprétation aussi large est en fait contraire à une interprétation vraiment fonctionnelle de la notion de « pouvoir adjudicateur ». L'objectif de l'interprétation fonctionnelle est que le caractère purement privé ou public d'une institution ne puisse pas être le seul critère déterminant permettant d'invoquer la qualification de « pouvoir adjudicateur » ou de s'y soustraire. Cela ne peut toutefois pas avoir pour conséquence que des activités financées par des fonds privés, par des personnes morales de droit privé, sans aucune participation des pouvoirs publics, soient désormais soumises aux mêmes exigences.

L'on pourrait dès lors considérer que c'est précisément l'interprétation large de la notion de « pouvoir adjudicateur », sous l'influence de l'interprétation fonctionnelle, qui entraîne la nécessité de prévoir des exceptions spécifiques afin d'éviter des effets disproportionnés.

C'est pourquoi l'activité que les auteurs se proposent d'exclure est décrite avec beaucoup de précision.

Les arguments invoqués par le gouvernement pour s'opposer à une telle exception ne convainquent pas.

Il affirme notamment dans l'exposé des motifs que d'après plusieurs arrêts de la Cour de Justice, l'exercice d'une activité commerciale ou industrielle parallèlement à une activité d'intérêt général, aussi modeste soit-elle, n'exonère pas l'organisme concerné des obligations découlant de la directive.

L'on se référera à cet égard aux arrêts Mannesmann du 15 janvier 1998 (C-44/96), Connemara du 17 décembre 1998 (C-306-/97), Commission contre Irlande du 17 décembre 1998 (C-353/96) et Commission contre Royaume d'Espagne du 16 octobre 2003 (C-283/00).

Dans l'affaire Mannesmann, il s'agissait de l'imprimerie d'État autrichienne dont la majorité des actions est aux mains de l'État autrichien. De plus, son directeur général est désigné par un organe dont la majorité des membres sont nommés par le chancelier fédéral et les divers ministères, et le prix des commandes fixé par ce même organe. L'arrêt Commission contre Royaume d'Espagne concerne la « Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios SA » (SIEPSA) dont l'État espagnol était l'unique actionnaire et dont les membres du conseil d'administration étaient désignés sur proposition des divers ministères. Les arrêts Connemara et Commission contre Irlande avaient trait à l'entreprise « Forestry Board », créée par le ministre de l'Énergie, et dont toutes les actions étaient détenues par le ministre des Finances.

Verantwoording

De richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, geeft uiting aan de evolutie in de rechtspraak van het Hof van Justitie om een meer functionele invulling te geven aan het begrip « aanbestedende overheid ».

Voor België heeft dit onder meer tot gevolg dat uitzonderingen, die door de staatssecretaris werden benoemd als « waarschijnlijk reeds onbestaanbaar met de vorige interpretatie », nu worden opgeheven.

Dit brengt met zich mee dat heel wat privaatrechtelijke instellingen met een doelstelling van algemeen belang voortaan volledig onderworpen zullen zijn aan de gestelde procedurele voorschriften. Omdat zij hieraan onderworpen zijn als instelling, zal dit dus ook het geval zijn voor puur commerciële activiteiten die noch door de overheid worden gecontroleerd, noch worden gefinancierd.

De indieners zijn van mening dat een dergelijke ruime interpretatie in de feiten tegenstrijdig is met een werkelijke functionele invulling van het begrip « aanbestedende overheid ». De doelstelling van de functionele invulling is dat louter het privaatrechtelijk of publiekrechtelijk karakter van een instelling niet als enige criterium de kwalificatie « aanbestedende overheid » kan doen ontstaan of ontlopen. Het kan hiervan echter niet het gevolg zijn dat voortaan ook activiteiten, gefinancierd met privé-geld, door private rechtspersonen, zonder enige inspraak van de overheid, eveneens onderworpen worden aan dezelfde vereisten.

Men kan dan ook stellen dat net de ruime invulling van het begrip « aanbestedende overheid », onder invloed van de functionele interpretatie, met zich meebrengt dat in specifieke uitzonderingen dient voorzien te worden om disproportionele effecten te vermijden.

Om die reden wordt de voorgestelde — uit te zonderen — activiteit dan ook zeer precies omschreven.

De argumentatie waarmee de regering zich tegen dergelijke uitzondering verzet, overtuigt niet.

Ze stelt in de toelichting namelijk dat het Hof van Justitie, in diverse arresten, vermeldt dat het uitoefenen van een commerciële of industriële activiteit naast een activiteit van algemeen belang, hoe klein die ook mag zijn, de entiteit niet ontslaat van de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen.

Hiervoor worden de arresten Mannesmann van 15 januari 1998 (C-44/96), Connemara van 17 december 1998 (C-306-/97), Commissie tegen Ierland van 17 december 1998 (C-353/96) en Commissie tegen Spanje van 16 oktober 2003 (C-283/00), opgesomd.

In de zaak Mannesmann betrof het de « Österreichische Staatsdruckerei » waarvan de meerderheid van de aandelen in handen is van de Oostenrijkse staat en waarvan de directeur-generaal wordt benoemd en de prijs wordt bepaald door een orgaan waarvan de meerderheid van de leden is benoemd door de bondskanselier en diverse ministeries. Het arrest Commissie t/ Spanje behandelde de « Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios SA » (SIEPSA) waarvan de Spaanse overheid de enige aandeelhouder was en de leden van de raad van bestuur op voordracht van diverse ministeries werden aangesteld. De arresten Connemara en Commissie t/ Ierland betroffen de onderneming « Forestry Board », opgericht door de minister van Energie en waarvan alle aandelen in handen zijn van de minister van Financiën.

La conclusion que tire le gouvernement ne peut donc pas se déduire des arrêts précités, dès lors que pour chacune des entreprises en question, le critère déterminant pour conclure à l'applicabilité des dispositions de la directive était la totale dépendance, dans les faits, vis-à-vis de l'État, y compris dans les éventuelles activités commerciales et industrielles.

S'agissant de la mise en balance entre un objet d'intérêt général et un objet à caractère commercial ou industriel, la Cour s'est bornée à considérer que le fait d'avoir un objet à caractère commercial ou industriel parallèlement à l'objet d'intérêt général ne permet pas à une entreprise, en tant qu'ensemble, de se soustraire à la qualification de « pouvoir adjudicateur ».

Par conséquent, la Cour n'a pas encore statué sur un marché concret portant sur une activité purement commerciale ou industrielle, qui n'est financée en aucune manière par les pouvoirs publics et qui émane d'une entité purement privée qui serait soumise aux règles de la directive uniquement en raison du financement public.

Dans l'état actuel de la législation, la décision de traduire ou non cette préoccupation de la société civile dans un texte de loi est donc un choix purement politique. Le gouvernement ne peut pas se retrancher en l'espèce derrière l'interprétation de la Cour.

Uit die arresten valt de door de regering gemaakte conclusie dus niet af te leiden want voor elk van deze ondernemingen was het doorslaggevende criterium om de bepalingen van de richtlijn toepasselijk te verklaren, de *de facto* volledige afhankelijkheid van de overheid, dus ook in het gebeurlijk commercieel of industrieel optreden.

Over de afweging tussen doelstellingen van algemeen belang en commercieel of industrieel belang werd enkel gesteld dat het hebben van commerciële of industriële doelstellingen, naast een doelstelling van algemeen belang, de kwalificatie « aanbestedende overheid » niet kan doen ontlopen voor een onderneming als geheel.

Bijgevolg werd door het Hof nog geen uitspraak gedaan over een concrete opdracht voor een puur commerciële of industriële activiteit, die op geen enkele wijze door de overheid wordt gefinancierd en afkomstig is van een echte privaatrechtelijke entiteit, die enkel omwille van de staatsfinanciering aan de regels onderworpen wordt.

In deze stand van de wetgeving is het dus louter een politieke keuze om al dan niet deze bezorgdheid van het middenveld wettelijk te vertalen. De regering kan zich in deze niet verbergen achter de gebrachte interpretatie van het Hof.

Jan STEVERLYNCK.
Christian BROTCORNE.