KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 14e juli 1978 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de concessie-opdrachten bedoeld bij artikel 5 van de wet van 14 juli 1976", heeft de 15e december 1978 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 14 juillet 1978, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif aux marchés de concession visés par l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976", a donné le 15 décembre 1978 l'avis suivant :

ALGEMENE OPMERKING.

Het ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de algemene voorwaarden vast te stellen voor het gunnen van overheidsopdrachten bij wege van een concessieovereenkomst als bedoeld in artikel 5 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Het beperkt zich evenwel tot de concessieopdrachten waarbij de concessiehouder, rechtspersoon naar privaat recht, als tegenprestatie voor door hem uit te voeren bouwwerken, een recht van exploitatie van die gebouwen verwerft, al dan niet gepaard gaande met een vergoeding door of aan de concederende persoon, in het ontwerp "het bestuur" genoemd.

+

Het ontwerp ontleent zijn rechtsgrond aan het vermelde artikel 5 van de wet van 14 juli 1976, naar luid waarvan geen overheidsopdracht bij wege van een concessieovereenkomst mag worden gegund "dan in de voorwaarden vastgesteld bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit".

Men zal opmerken dat de aangehaalde toewijzing van bevoegdheid aan de Koning in zeer algemene bewoordingen is gesteld en vervat is in een bepaling die een principieel verbod van gunning bij concessieovereenkomst inhoudt, welke beide vaststellingen ter zake tot een ruime uitleg van 's Konings bevoegdheid kunnen laten besluiten. Men dient evenwel oog te hebben voor de omzichtigheid die door de rechtspraak en de rechtsleer wordt getoond bij de beoordeling van de bevoegdheid die de Koning uitoefent ter uitvoering van een taak welke Hem, zoals dat het geval is met dit ontwerp, door de wetgever overeenkomstig artikel 78 van de Grondwet is opgedragen (zie P. DE VISSCHER, A propos de la fonction d'interprétation des lois de pouvoirs spéciaux par les cours et tribunaux, onder Cass. 24 mei 1963, in R.C.J.B., 1964, blz. 10 en vlg.).

.../...

Wanneer de Koning, ter uitvoering van een opdracht die Hem met toepassing van artikel 78 van de Grondwet is toegekend, in de plaats van de wetgever optreedt, mag uit de afwezigheid van een nadere aanduiding omtrent de Hem toegewezen macht niet worden afgeleid dat Hij voor de in de opdrachtwet genoemde materie dezelfde bevoegdheid heeft als de wetgever. De grondwettelijke regeling van de verdeling der bevoegdheden, zoals die in artikel 25 van de Grondwet gewaarborgd is, moet aanzetten tot een beperkende interpretatie van de habilitatietermen wanneer het gaat om een materie waarvan de regeling normaal bij de wetgever berust of die krachtens de Grondwet een bijzondere bescherming geniet.

Volgens artikel 2, § 3, van het ontwerp gaan de gronden die aan de concessiehouder toebehoren doch voor de exploitatie van de concessie onontbeerlijk zijn, na afloop van de overeenkomst samen met de gebouwen over in het patrimonium van het concederend bestuur, zonder dat dit tot enigerlei vergoeding verplicht is. Welnu, overeenkomstig artikel 11 van de Grondwet kan in het nut van het algemeen niemand van zijn eigendom worden ontzet dan in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling.

.../...

Uit artikel 2, § 2, van het ontwerp volgt dat, met instemming van het concederend bestuur, voor de duur van de concessie een hypotheek kan worden gevestigd op de gebouwen die door de concessiehouder op de gronden van het bestuur zijn opgericht.

Uit de toelichting die aan de Raad van State is verstrekt, blijkt dat met betrekking tot de beoogde concessie-opdrachten vooral is gedacht, tenminste als het gaat om opdrachten die door een openbare overheid worden toegewezen, aan bouwwerken die opgetrokken worden op gronden waarvan mag worden aangenomen dat zij tot het openbaar domein behoren waarop de regel van onvervreemdbaarheid van toepassing is. Overeenkomstig artikel 45, 1°, van de hypothekenwet kan geen hypotheek worden gevestigd op onroerende goederen die niet in de handel zijn. Zowel de openbare domeingronden als de bouwwerken die daarop ter verwezenlijking van de openbare bestemming zijn opgericht, liggen buiten de handel.

Artikel 6 van het ontwerp regelt onder meer de voortijdige beëindiging van de concessie. Volgens de tekst kan de concessie voortijdig worden beëindigd, hetzij op initiatief van het concederend bestuur in geval van overmacht of in geval van ernstige tekortkoming vanwege de concessiehouder, hetzij op niet nader omschreven initiatief van deze laatste.

Volgens artikel 1134 van het Burgerlijk Wetboek strekken de overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degene die deze hebben aangegaan, tot wet. Uit dat door de wet geformuleerde beginsel, leidt de rechtsleer af dat de overeenkomst slechts eenzijdig kan opgezegd worden wanneer de wet of de gewoonte zulks toelaat (R. DEKKERS, Handboek van burgerlijk recht, 1957, deel II, nr. 171).

.../...

Wel is aangenomen dat, zoals het verslag aan de Koning opmerkt, de concederende partij, wanneer deze een overheid is, op gronden van algemeen belang voortijdig aan de concessie een einde kan maken.

Wanneer de concessieovereenkomst door het concederend bestuur eenzijdig wordt beëindigd, heeft de concessiehouder recht op een schadeloosstelling die op forfaitaire gronden wordt berekend. Volgens het gemeen recht, is integrale vergoeding regel.

In alle gevallen van voortijdige beëindiging wordt het concederend bestuur eigenaar van de bouwwerken die op zijn eigendom door de concessiehouder zijn opgericht alsmede van de bouwwerken en gronden, eigendom van de concessiehouder, die voor de exploitatie onmisbaar zijn. De overname van een en ander gebeurt eveneens op forfaitaire basis.

Volgens artikel 4 van het ontwerp, ten slotte, draagt de concessiehouder voor de uitvoering van de werken de volle verantwoordelijkheid die rust op de aannemer in toepassing van de artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek. Volgens artikel 9 is hij ertoe gehouden de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemers en architecten te doen verzekeren. Onnodig te zeggen dat op die wijze het ontwerp afwijkt van de in genoemde artikelen van het Burgerlijk Wetboek imperatief gestelde regels van burgerrechtelijke aansprakelijkheid.

Verwijzend naar de boven aangehaalde interpretatie van 's Konings macht in geval van toepassing van artikel 78 van de Grondwet, meent de Raad van State dat in de opdrachtsbepaling van artikel 5 van de wet van 14 juli 1976 of in de parlementaire voorbereiding dienomtrent onvoldoende aanduiding voorhanden is om ertoe te besluiten dat de Koning zou gemachtigd zijn bij wege van reglement bepalingen uit te vaardigen

.../...

die niet noodzakelijkerwijs als een onmisbare voorwaarde der concessieovereenkomst kunnen beschouwd worden, waarbij hetzij in een gedwongen afstand van eigendom zonder voorafgaande en billijke schadeloosstelling wordt voorzien, hetzij wordt afgeweken van regels van het gemeen recht betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, de vergoeding van schade of het tenietgaan van verbintenissen, zoals die door de hoven en rechtbanken in geval van betwisting moeten kunnen worden geïnterpreteerd. Waarbij men tevens niet uit het oog mag verliezen dat het ontwerp van toepassing is op alle in artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 vermelde personen, waartussen zich bevinden, naast de Staat, de provincies en gemeenten, de openbare instellingen en zelfs rechtspersonen naar privaat recht.

De Raad van State is dan ook de mening toegedaan dat er reden tot schrapping van die bepalingen is, wat een aanpassing vergt van de artikelen 2, 4, 6, 9 en 10 van het ontwerp.

BIJZONDERE OPMERKINGEN.

Opschrift.

De toedracht van de ontworpen regeling zou beter tot uiting komen in het volgende opschrift :

"Koninklijk besluit betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van een concessie-overeenkomst van bouwwerken".

.../...

Artikel 1.

Voor een betere lezing van dit artikel wordt volgende tekst voorgesteld.

"Artikel 1.-

§ 1. Voor de toepassing van dit besluit is een concessieovereenkomst van bouwwerken, de schriftelijke overeenkomst waarbij een rechtspersoon van publiek recht of enig ander in artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten vermeld persoon, hierna genoemd het bestuur, aan een natuurlijke of rechtspersoon van privaat recht, hierna genoemd de concessiehouder, de exploitatie gunt van de bouwwerken die de concessiehouder zich verbindt op te richten.

De concessieovereenkomst kan voorzien in de betaling van een prijs door het bestuur of van een retributie door de concessiehouder.

§ 2. Dit besluit is niet van toepassing op :

1. wegvergunningen;
2. stationeervergunningen;
3. concessies van een openbare dienst die door een bijzondere wet of reglementering zijn geregeld.

§ 3. Op de in § 1 bedoelde concessies zijn van toepassing, voor zover zij niet strijdig zijn met dit besluit :

.../...

1. het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

2. het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten.

Artikel 2.

Volgens artikel 2, § 1, van het ontwerp verwerft de concessiehouder een beperkt recht van opstal op de terreinen die het concederend bestuur toebehoren en voor de gegunde exploitatie nodig zijn.

Het recht van opstal is een zakelijk recht dat onder meer de vestiging van een hypotheek op de gebouwen die op de betrokken gronden zijn opgericht, toelaat. Boven in het advies zijn de redenen uiteengezet waarom in dit geval een regeling bij koninklijk besluit van hypotheekvestiging op gronden die niet in de handel zijn, bij ontstentenis van deugdelijke rechtsgrond dient te worden afgewezen. Vraag is dan ook of er nog voldoende noodzaak is om in het ontwerp de verwijzing naar het opstalrecht aan te houden. Overigens moeten de mogelijkheid van opstal op openbare domeingronden en de inhoud ervan gemeten worden aan de bestemming van het onroerend goed die tot de principiële onvervreemdbaarheid van een openbaar domeingoed leidt.

Het komt de Raad van State dan ook voor dat een directe omschrijving van de rechten van de concessiehouder op bedoelde bouwwerken de voorkeur moet hebben op een verwijzing naar het privaatrechtelijk instituut van het recht van opstal.

.../...

Voor het overige wordt verwezen naar de algemene opmerkingen die vooraan in dit advies zijn gemaakt.

Artikel 3.

Volgens het bepaalde in het eerste lid vormen het onderhoud en de herstelling van de bouwwerken "als door een goed huisvader" een concessielast. In de aansprakelijkheidsleer is de norm van "de goede huisvader" de gewone regel. Er is dan ook geen reden daarvan in het bepaalde van het eerste lid melding te maken.

Voor het overige wordt voorgesteld artikel 3 te redigeren als volgt :

"Artikel 3.-

Ten laste van de concessiehouder zijn :

1. het onderhoud en de herstelling van de bouwwerken;
2. alle directe of indirecte belastingen die op de bouwwerken betrekking hebben;
3. de rechten en kosten van aansluitingen allerhande, tenzij in de overeenkomst anders is bepaald".

Artikel 4.

Voor het tweede lid wordt volgende redactie voorgesteld :

"De bepalingen van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning van de aannemers, zoals zij

.../...

gelden op de dag waarop de concessieovereenkomst gesloten wordt, zijn van overeenkomstige toepassing op de bouwwerken die ter uitvoering van de concessieovereenkomst door of voor de concessiehouder worden opgetrokken".

Voor het eerste lid wordt verwezen naar de algemene opmerkingen die vooraan in het advies zijn gemaakt.

Artikel 6.

Volgens § 3 kan het bestuur in geval van overmacht de concessie voortijdig beëindigen. Niet duidelijk is in wiens hoofde bedoelde overmacht aanwezig moet zijn, noch waarop hij precies betrekking moet hebben. Niet gesteld is, evenmin als in § 4, of de beëindiging onmiddellijk dan wel na verloop van een opzeggingstermijn uitwerking heeft.

Voor het overige wordt verwezen naar de algemene opmerkingen die vooraan in het advies zijn gemaakt.

Artikel 7.

Onder 12°, derde lid, schrijve men "de gelijke behandeling van de gebruikers" in plaats van "de behandeling van de gebruikers op grond van gelijkheid".

Artikel 10.

In artikel 10, § 1, eerste lid, b, dienen de wet van 17 juli 1975 en het koninklijk besluit van 8 oktober 1976 met hun juiste opschrift te worden aangehaald.

.../...

De eerste twee leden van § 2 zouden beter als volgt worden gesteld :

"§ 2. Ingeval in een borgstelling is voorzien, wordt het bedrag van de borgtocht forfaitair bepaald, rekening gehouden met de omvang van de concessie.

De borgtocht strekt voor de hele duur van de concessie tot zekerheid van de verbintenissen van de concessiehouder".

Voor het derde lid wordt verwezen naar de algemene opmerkingen, inzonderheid die welke betrekking hebben op de juridische bezwaren in verband met het vestigen van een hypotheek op gebouwen die op het openbaar domein zijn opgericht.

Artikel 11.

Volgens artikel 11 kan het bestuur voor het gunnen van overheidsopdrachten slechts beroep doen op de algemene en de beperkte offerteaanvraag. Het mag in de gevallen waarin § 2 voorziet, onderhands handelen.

In het verslag aan de Koning wordt geen verantwoording gegeven voor die beperkte keuze.

Aanvaardbaar is dat de Koning de wijze kiest waarop de Staat overheidsopdrachten gunt. Volgens artikel 9 van de wet van 14 juli 1976 kiest immers iedere overheid de wijze waarop zij haar opdrachten gunt. Een regeling waarbij de aanbesteding voor een groep van door de Staat te gunnen opdrachten a priori wordt uitgesloten, is reeds minder bestaanbaar met de geest van de wet, doch niet noodzakelijk ontoelaatbaar. Alleszins kan de voorgestelde regeling slechts van toepassing zijn

.../...

op de door de Staat te gunnen opdrachten. Betreffende de opdrachten te gunnen door andere personen dan de Staat, mist de regeling een wettelijke grondslag omdat voormeld artikel 9 van de wet van 14 juli 1976 bepaalt dat de overheidsopdrachten gegund worden bij aanbesteding of door offerteaanvraag, naar keuze van de bevoegde overheid. De artikelen 11 tot 20 dienen dan ook met dat voorbehoud te worden gelezen en dienovereenkomstig te worden aangepast.

Artikel 12.

Voor het eerste lid van artikel 12 wordt volgende lezing aanbevolen :

"De offerte is bindend gedurende de termijn die in het bestek wordt bepaald".

Artikel 20.

In § 5 is het niet nodig te verduidelijken dat de gestelde termijnen in "kalenderdagen" worden berekend. Voor het tweede lid van die paragraaf wordt volgende tekst voorgesteld :

"Indien het bestuur binnen vijftien dagen na de schorsing geen met redenen omklede beslissing van vernietiging heeft betekend, wordt de beslissing bedoeld in het eerste lid uitvoerbaar".

.../...

Artikel 21.

Artikel 21 ware beter gesteld als volgt :

"Artikel 21.-

Dit besluit treedt in werking de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt".

OBSERVATION GENERALE.

L'arrêté royal en projet tend à déterminer les conditions générales pour la passation des marchés publics de concession visés par l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services. Il ne concerne toutefois que les marchés de concession où le concessionnaire, personne morale de droit privé, obtient en contrepartie des ouvrages à exécuter par lui, le droit d'exploiter ces ouvrages, assorti ou non d'une indemnité à charge ou au profit du concédant, appelé dans le projet "l'administration".

+

Le projet trouve son fondement légal dans l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976, aux termes duquel il ne peut être passé de marché public de concession "si ce n'est dans les conditions déterminées par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres".

On remarquera que cette attribution de pouvoirs au Roi, d'une part, est formulée en termes fort généraux et, d'autre part, figure dans une disposition qui, en principe, interdit la passation de marchés publics de concession. Cette double constatation pourrait faire conclure que les pouvoirs attribués au Roi sont de large interprétation. Il faut avoir égard cependant à l'extrême circonspection dont la jurisprudence et la doctrine usent dans l'appréciation des pouvoirs que le Roi exerce dans l'exécution d'une mission qui, comme c'est le cas en l'espèce, Lui est confiée par le législateur conformément à l'article 78 de la Constitution (voir P. DE VISSCHER, A propos de la fonction d'interprétation des lois de pouvoirs spéciaux par les cours et tribunaux, sous Cass. 24 mai 1963, in R.C.J.B., 1964, p. 10 et suivantes).

.../...

Lorsque, dans l'exécution d'une mission qui Lui est dévolue en application de l'article 78 de la Constitution, le Roi agit en lieu et place du législateur, le fait que ses pouvoirs ne sont pas autrement spécifiés n'autorise pas pour autant à conclure qu'Il dispose, dans la matière désignée par la loi d'habilitation, des mêmes pouvoirs que le législateur. Le règlement constitutionnel des compétences, tel que garanti par l'article 25 de la Constitution, doit plutôt inciter, s'il s'agit d'une matière qui est normalement réglée par la loi ou que la Constitution entoure d'une protection particulière, à adopter une interprétation restrictive des termes de l'habilitation.

L'article 2, § 3, du projet prévoit qu'à l'expiration du contrat les terrains appartenant au concessionnaire qui sont indispensables à l'exploitation de la concession passent avec les ouvrages qu'ils comportent dans le patrimoine de l'administration concédante, sans que celle-ci soit tenue à une quelconque indemnité. Or, conformément à l'article 11 de la Constitution, nul ne peut être privé de sa propriété pour cause d'utilité publique que dans les cas et de la manière établie par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité.

Il résulte de l'article 2, § 2, qu'avec le consentement de l'administration concédante une hypothèque peut être constituée, pour la durée de la concession, sur les constructions que le concessionnaire a érigées sur les terrains de l'administration.

Des précisions fournies au Conseil d'Etat, il ressort qu'en ce qui concerne les contrats de concession visés par le projet, on songe principalement, du moins lorsqu'il s'agit de marchés attribués par un pouvoir public, aux constructions érigées sur des terrains dont il peut être admis qu'ils appartiennent au domaine public, auquel s'applique la règle de l'inaliénabilité. Conformément à l'article 45, 1°, de la loi sur les

.../...

hypothèques, aucune hypothèque ne peut être constituée sur des biens immobiliers qui ne sont pas dans le commerce. Aussi bien les terrains du domaine public que les constructions érigées sur ces terrains pour réaliser la destination publique de ceux-ci, sont soustraits au commerce.

L'article 6 du projet règle notamment la cessation prématurée de la concession. Selon le texte, il peut être mis fin prématurément à la concession soit à l'initiative de l'administration concédante en cas de force majeure ou en cas de manquement grave de la part du concessionnaire, soit à l'initiative, non précisée, de ce dernier.

En vertu de l'article 1134 du Code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. De ce principe formulé par la loi, la doctrine déduit que le contrat ne peut être résilié unilatéralement que quand la loi ou la coutume l'autorisent (R. DEKKERS, Précis de Droit civil belge, 1955, tome II, n° 171). Il est admis cependant, comme le fait observer le rapport au Roi, que la partie concédante, si elle est un pouvoir public, peut mettre fin prématurément à la concession pour des motifs d'intérêt général.

Si le contrat de concession est résilié unilatéralement par l'administration concédante, le concessionnaire a droit à une indemnité calculée sur des bases forfaitaires. Conformément au droit commun, il est de règle que l'indemnisation soit intégrale.

Dans tous les cas où il est mis fin prématurément à la concession, l'administration concédante devient propriétaire des ouvrages que le concessionnaire a construits sur son bien, ainsi que les ouvrages et terrains appartenant au concessionnaire qui sont indispensables à l'exploitation. Dans les deux cas, la reprise se fait, de même, sur une base forfaitaire.

.../...

Enfin, selon l'article 4 du projet, le concessionnaire assume pour l'exécution des travaux l'entière responsabilité incombant à l'entrepreneur en application des articles 1892 et 2270 du Code civil, et, selon l'article 9 du projet, il est tenu de faire assurer la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes. Il va sans dire que le projet déroge ainsi aux règles de la responsabilité civile établies de manière impérative dans les articles du Code civil précités.

Se référant à l'interprétation évoquée ci-avant des pouvoirs du Roi en cas d'application de l'article 78 de la Constitution, le Conseil d'Etat estime que ni le texte de l'habilitation donnée par l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976 ni les travaux préparatoires y relatifs ne contiennent des indications suffisantes permettant de conclure que le Roi serait autorisé à édicter par voie de règlement des dispositions qui ne doivent pas nécessairement être considérées comme une condition indispensable du contrat de concession et qui, soit prévoient une cession de propriété forcée sans juste et préalable indemnité, soit dérogent aux règles du droit commun en matière de responsabilité civile, de dédommagement ou d'extinction des obligations, telles que les cours et tribunaux doivent pouvoir les interpréter en cas de contestation. Il ne faut pas non plus perdre de vue, à cet égard, que le projet s'applique à toutes les personnes mentionnées à l'article 1er de la loi du 14 juillet 1976, au nombre desquelles figurent, outre l'Etat, les provinces et les communes, les établissements publics, voire des personnes morales de droit privé.

Aussi le Conseil d'Etat est-il d'avis qu'il y a lieu de supprimer ces dispositions, les articles 2, 4, 6, 9 et 10 du projet devant, dès lors,être adaptés.

.../...

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Intitulé.

L'intitulé suivant reflèterait mieux la portée de la réglementation en projet :

"Arrêté royal relatif aux conditions générales de passation des marchés publics par voie de concession d'ouvrages".

Article 1er.

Le texte suivant est proposé pour faciliter la lecture de cet article :

"Article 1er.-

§ 1er. Pour l'application du présent arrêté, le marché de concession d'ouvrages est le contrat écrit par lequel une personne morale de droit public ou toute autre personne mentionnée à l'article 1er de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ci-après dénommée l'administration, octroie à une personne physique ou morale de droit privé, ci-après dénommée le concessionnaire, l'exploitation des ouvrages que le concessionnaire s'engage à construire.

Le marché de concession peut prévoir le paiement d'un prix par l'administration ou d'une redevance par le concessionnaire.

.../...

§ 2. Le présent arrêté ne s'applique pas :

1. aux permissions de voirie;

2. aux permis de stationnement;

3. aux concessions de service public régies par une loi ou une réglementation particulière.

§ 3. Sont applicables aux concessions visées au § 1er, pour autant qu'ils ne soient pas contraires au présent arrêté :

1. l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services;

2. l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services".

Article 2.

En vertu de l'article 2, § 1er, du projet, le concessionnaire acquiert un droit de superficie limité sur les terrains appartenant à l'administration concédante qui sont nécessaires à l'exploitation concédée.

Le droit de superficie est un droit réel qui permet notamment la constitution d'une hypothèque sur les constructions érigées sur les terrains concernés. Le Conseil d'Etat a déjà exposé dans la partie générale du présent avis pour quels motifs il y a lieu en l'espèce d'écarter, à défaut de fondement légal valable, le système où un arrêté royal règle la constitution d'hypothèques sur des terrains qui ne sont pas dans le commerce.

.../...

Il est permis de se demander, dans ces conditions, s'il est encore nécessaire de recourir à la notion de droit de superficie. Au surplus la possibilité d'établir un droit de superficie sur des terrains relevant du domaine public et le contenu de ce droit doivent d'ailleurs se mesurer à la destination du bien immobilier qui entraîne en principe l'inaliénabilité d'un bien du domaine public.

Le Conseil d'Etat estime dès lors qu'une définition directe des droits que le concessionnaire peut faire valoir sur les ouvrages visés,doit être préférée au recours à l'institut de droit privé qu'est le droit de superficie.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie aux observations générales faites au début de l'avis.

Article 3.

Aux termes de l'alinéa 1er, l'entretien et la réparation des constructions "en bon père de famille" constituent une charge de la concession. Dans la doctrine de la responsabilité, le principe du "bon père de famille" est la règle habituelle. Il n'y a aucune raison, dès lors, d'en faire mention à l'alinéa 1er.

Pour le surplus, il est proposé de rédiger l'article 3 comme suit :

"Article 3.-

Sont à la charge du concessionnaire :

1. l'entretien et la réparation des ouvrages;

2. toutes taxes directes ou indirectes se rapportant aux ouvrages;

3. les droits et frais de raccordements divers, à moins que le contrat n'en dispose autrement".

.../...

Article 4.

La rédaction suivante est proposée pour l'alinéa 2 :

"Les dispositions de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs, telles qu'elles sont en vigueur à la date de la conclusion du marché de concession sont d'application analogue aux ouvrages érigés par ou pour le concessionnaire en exécution du marché de concession".

En ce qui concerne l'alinéa 1er, on se reportera aux observations générales faites au début du présent avis.

Article 6.

En vertu du § 3, l'administration peut mettre fin prématurément à la concession en cas de force majeure. On n'aperçoit pas clairement dans le chef de qui la force majeure doit exister ni à quoi elle doit exactement se rapporter. Il n'est pas précisé, pas plus qu'au § 4, si la résiliation produit ses effets immédiatement ou à l'expiration d'un délai de préavis.

Pour le surplus, le Conseil d'Etat renvoie aux observations générales formulées au début de l'avis.

Article 7.

Au 12°, alinéa 3, il vaudrait mieux écrire "à l'égalité de traitement des usagers" au lieu de "au traitement des usagers selon le principe de l'égalité".

.../...

Article 10.

A l'article 10, § 1, alinéa 1er, b, la loi du 17 juillet 1975 et l'arrêté royal du 8 octobre 1976 doivent être cités avec leur intitulé exact.

Les deux premiers alinéas du § 2 gagneraient à être rédigés comme suit :

"§ 2. Au cas où un cautionnement est prévu, le montant de celui-ci est fixé forfaitairement, compte tenu de l'importance de la concession.

Le cautionnement garantit les obligations du concessionnaire pendant toute la durée de la concession".

En ce qui concerne l'alinéa 3, on se reportera aux observations générales, plus particulièrement aux objections d'ordre juridique soulevées au sujet de la constitution d'hypothèques sur des constructions érigées sur le domaine public.

Article 11.

En vertu de l'article 11, l'administration ne peut, pour la passation des marchés publics, procéder que par appel d'offres général ou restreint. Dans les cas prévus au § 2, elle peut traiter de gré à gré.

La limitation de ce choix ne fait l'objet d'aucune justification dans le rapport au Roi.

.../...

On peut admettre que le Roi choisit le mode selon lequel l'Etat passe les marchés publics. En vertu de l'article 9 de la loi du 14 juillet 1976, chaque autorité a, en effet, le choix du mode de passation de ses marchés. Une réglementation excluant à priori l'adjudication pour un groupe de marchés à attribuér par l'Etat se concilie moins bien avec l'esprit de la loi, sans être nécessairement inadmissible. De toute manière, la réglementation proposée ne pourra s'appliquer qu'aux seuls marchés passés par l'Etat. A l'égard des marchés passés par des personnes autres que l'Etat, la disposition est dépourvue de fondement légal, étant donné qu'aux termes de l'article 9 de la loi du 14 juillet 1976 les marchés publics sont passés par adjudication ou sur appel d'offres, au choix de l'autorité compétente. Les articles 11 à 20 doivent se lire sous cette réserve et être adapté en conséquence.

Article 12.

La rédaction suivante est recommandée pour l'alinéa 1er de l'article 12 :

"L'offre engage le candidat pendant le délai fixé par le cahier des charges".

Article 20.

Le § 5 ne doit pas préciser que les délais prévus sont calculés en "jours de calendrier". Le texte suivant est proposé pour l'alinéa 2 de ce paragraphe :

.../...

"Si, dans les quinze jours qui suivent la suspension, l'administration n'a pas notifié de décision d'annulation motivée, la décision visée à l'alinéa 1er devient exécutoire".

Article 21.

Le texte néerlandais de l'article 21 serait mieux rédigé comme suit :

"Artikel 21.-
Dit besluit treedt in werking de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad is bekendgemaakt".

De kamer was samengesteld uit

de Heren : A. MAST, eerste voorzitter,
Messieurs : premier président,

H. COREMANS, staatsraden,
A. VANDER STICHELE, conseillers d'Etat,

J. DE MEYER, bijzitters van de afdeling wetgeving,
F. DE KEMPENEER, assesseurs de la section de législation,

E. VAN VYVE, afdelingsgriffier.
greffier de section.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. A. VANDER STICHELE.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. J. DE KOSTER, auditeur.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. A. VANDER STICHELE.

Le rapport a été présenté par Mme J. DE KOSTER, auditeur.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

E. VAN VYVE.

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. MAST.