KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 5e januari 1979 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de promotieovereenkomsten bedoeld bij artikel 5 van de wet van 14 juli 1976", heeft de 30e maart 1979 het volgend advies gegeven :

ROYAUME DE BELGIQUE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 5 janvier 1979, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif aux marchés de promotion visés par l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976", a donné le 30 mars 1979 l'avis suivant :

ALGEMENE OPMERKINGEN.

Het ontwerp van koninklijk besluit strekt ertoe de algemene voorwaarden vast te stellen voor het gunnen van overheidsopdrachten van werken en leveringen bij wege van promotieovereenkomsten als bedoeld in artikel 5 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

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 promotieovereenkomst mag worden gegund "dan in de voorwaarden vastgesteld bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit". De wet voorziet zelf reeds in enkele bijzondere voorwaarden.

Zoals de Raad van State heeft kunnen opmerken in zijn advies over een ontwerp van koninklijk besluit betreffende de voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessieovereenkomsten van bouwwerken (L. 13.150/1), dat - uitzondering gemaakt voor de voorwaarden waarin de wet inzake van promotieovereenkomsten zelf voorziet - een zelfde wettelijke grondslag heeft als het huidig ontwerp, is de aangehaalde toewijzing van bevoegdheid aan de Koning in zeer algemene bewoordingen gesteld en vervat in een bepaling die een principieel verbod van gunning bij promotieovereenkomst inhoudt, welke beide vaststellingen ter zake tot een ruime uitleg van 's Konings bevoegdheid kunnen laten besluiten.

.../...

In dat advies heeft de Raad van State gewezen op de omzichtigheid die door de rechtspraak en 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 om te besluiten dat 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 van een bijzondere bescherming geniet.

Volgens artikel 5, § 2, 2°, van het ontwerp is de promotor ertoe gehouden "de aansprakelijkheid van de aannemer en de architect krachtens artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek" op zich te nemen. Hij is ook ertoe gehouden de aansprakelijkheid van aannemer en architect te doen verzekeren (artikel 5, § 2, 6°, van het ontwerp).

In zover die bepalingen strekken tot het opnemen van de verantwoordelijkheid van de aannemer door de promotor, herneemt het ontwerp een bepaling van artikel 5 van de wet van 14 juli 1976. Door het ontwerp wordt echter de verantwoordelijkheid van de promotor uitgebreid tot die van de architect. Hierdoor wijkt het ontwerp af van de in genoemde artikelen van het Burgerlijk Wetboek imperatief gestelde regels van burgerrechtelijke aansprakelijkheid.

Uit artikel 16 van het ontwerp volgt dat de eigendomsoverdracht van de bouwwerken en in voorkomend geval van de bouwgrond geschiedt, vrij van zakelijke en persoonlijke rechten, zonder dat het bestuur tot enige andere betaling dan die in de promotieovereenkomst is voorzien, gehouden is. Hierdoor wordt even-

.../...

eens kennelijk afgeweken van het gemeen recht dat in voorrechten uit kracht van de wet voorziet. 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 promotieovereenkomst kunnen beschouwd worden waarbij wordt afgeweken van de regels van gemeen recht betreffende de burgerlijke aansprakelijkheid en de voorrechten. Hierbij mag men niet uit het oog 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 de gemeenten, de openbare instellingen en zelfs rechtspersonen naar privaat recht.

De Raad van State is dan ook de mening toegedaan dat de bepalingen van de artikelen 5, § 2, 2° en 6°, en 16 van het ontwerp, in zover zij afwijken van het gemeen recht, dienen te worden geschrapt.

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 promotieovereenkomst van werken en leveringen".

.../...

Artikel 1.

Het is aangewezen het ontwerp te doen beginnen met een reeks begripsbepalingen. Daarom wordt aanbevolen de bepalingen van artikel 1, § 1, en van artikel 2 in een enkel artikel op te nemen, zoals hierna voorgesteld wordt.

Artikel 4.

Volgens het verslag aan de Koning is niet alleen het koninklijk besluit van 22 april 1977 van toepassing op de promotieovereenkomsten, maar ook het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten. Van dat laatste besluit dient dan ook in het ontwerp melding te worden gemaakt.

Artikel 5.

Voor artikel 5, § 2, 2° en 6°, van het ontwerp, zie de desbetreffende algemene opmerking.

Artikelen 6 en 7.

De artikelen 6 en 7 regelen de prijsbepaling, de prijzencontrole en de betalingsmodaliteiten. Deze verschillende bepalingen zijn niet altijd duidelijk uit elkaar gehouden. Zo regelt artikel 7 de verschillende modaliteiten van betaling om daarna terug te komen op de prijsbepaling die het voorwerp is van artikel 6. Ook wordt geen onderscheid gemaakt tussen inschrijver en promotor. Hierna wordt een voorstel gedaan om deze verschillende bepalingen in een meer logische orde te schikken.

.../...

Artikel 8.

Artikel 8, § 1, bepaalt dat promotieovereenkomsten "slechts onderhands kunnen worden gegund in de gevallen bepaald bij artikel 17, § 2, 2°, 3°, 8° en 9°, van de wet van 14 juli 1976".

Volgens het verslag aan de Koning zijn het "de enige gevallen waarvoor de bijzondere voorwaarden van promotieovereenkomsten kunnen worden ingeroepen". Het is de Raad van State niet mogelijk na te gaan of die verantwoording pertinent is.

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 naar keuze van de overheid. Artikel 8, § 1, dient dan ook met dat voorbehoud te worden gelezen en dienovereenkomstig te worden aangepast.

Artikel 9.

Artikel 9 van het ontwerp bepaalt welke vermeldingen in het bestek moeten worden opgenomen. Een dergelijke bepaling vindt best haar plaats vóór de regeling die de gunning van promotieovereenkomsten betreft.

.../...

Zoals het artikel is gesteld, bevat § 1 vooreerst de vermeldingen die voor de promotieovereenkomsten voor werken en voor leveringen gelden, vervolgens de aanvullende vermeldingen die eigen zijn aan iedere soort van promotieovereenkomsten. In § 2 worden de vermeldingen aangegeven die opnieuw voor beide soorten van promotieovereenkomsten gelden om te eindigen met de vermeldingen voor promotieovereenkomsten voor bouwwerken bestemd voor derden. Duidelijkheidshalve ware het aangewezen de vermeldingen die gemeen zijn aan alle promotieovereenkomsten vooreerst aan te geven om nadien de vermeldingen die eigen zijn aan iedere soort van overeenkomsten aan te duiden.

Bij § 1 wordt een eigen regeling ingevoerd voor de vermeldingen van het bestek van de promotieovereenkomsten. Deze paragraaf substitueert zich aan het gestelde in § 1 van artikel 4 van het koninklijk besluit van 22 april 1977. Volgens de verklaringen van de gemachtigde ambtenaar blijven de bepalingen van §§ 2, 3 en 4 van dat artikel 4 van toepassing op de promotieovereenkomsten.

+

Volgens artikel 9, § 1, van het ontwerp vermeldt het bestek het bedrag van de geëiste "borgtocht". De borgtocht is, volgens artikel 2011 van het Burgerlijk Wetboek, een overeenkomst waarbij een derde (borg) zich ten behoeve van de schuldeiser verbindt voor de nakoming van de verbintenis van de schuldenaar indien deze in gebreke blijft. Het ligt blijkbaar niet in de bedoeling van de auteurs van het ontwerp te eisen dat dergelijke overeenkomst vooraf zou worden afgesloten. Het blijkt te kunnen volstaan dat het bestek de som van de waarborg of zekerheid vaststelt waartoe de promotor gehouden zal zijn. Daarom vervange men het woord "borgtocht" door het woord "waarborg".

Het bestek vermeldt in voorkomend geval de zakelijke rechten welke het bestuur aan de promotor afstaat. Deze afstand wordt nader gepreciseerd in artikel 10, § 2, zodat die bepaling hier zonder bezwaar kan worden weggelaten.

.../...

In § 2 voorziet het ontwerp in een formule voor het vaststellen van de te betalen prijs in geval van lichting van de aankoopoptie. Tussen beide versies bestaat er geen overeenstemming. Blijkbaar moet het bestek in een formule voorzien zowel in geval van een promotieovereenkomst voor bouwwerken als in geval van een promotieovereenkomst voor leveringen. Ontbreekt de formule in het bestek, zo is, volgens de Nederlandse versie, de formule van toepassing waarin het ontwerp te suppletieven titel voorziet. Volgens de Franse versie geldt laatste formule alleen voor de promotieovereenkomsten van bouwwerken. Uit de samenstellende elementen van de ontworpen formule blijkt dat zij bruikbaar is alleen voor de promotieovereenkomsten van bouwwerken. In het verslag aan de Koning wordt enkel gewag gemaakt van de formule, toe te passen op de promotieovereenkomsten van bouwwerken wanneer het bestek geen betere formule zou bevatten. Hieruit volgt dat er geen formule voorhanden is voor de promotieovereeńkomsten van leveringen en dat de Nederlandse tekst niet de juiste bedoeling van de Regering weergeeft.

Artikel 10.

Volgens artikel 10, § 2, kan het bestuur voor de duur van de opdracht aan de promotor een recht van opstal of van erfpacht verlenen. De promotor geniet echter niet van de rechten vermeld in de artikelen 5 en 6 van de wet van 10 januari 1924 betreffende het recht van opstal (artikel 10, § 4). Ook is het verlenen van een hypotheek of erfdienstbaarheid toegelaten mits de voorafgaande instemming van het bestuur (artikel 15).

Principieel bestaat er geen bezwaar tegen het afstaan van zakelijke rechten indien de desbetreffende goederen tot het privaat domein van de openbare overheid behoren. Zakelijke rechten op goederen die deel uitmaken van het openbaar domein, kunnen

.../...

slechts overgedragen worden in zover die zakelijke rechten verenigbaar zijn met de bestemming van het onroerend goed. Goederen van het openbaar domein kunnen immers niet vervreemd worden; ze zijn niet in de handel. Overeenkomstig artikel 45, 1°, van de hypothekenwet kan geen hypotheek erop gevestigd worden omdat alleen goederen die in handel zijn, bezwaard kunnen worden met een hypotheek.

Vraag is dan of er voldoende noodzaak is om in het ontwerp de verwijzing naar het opstalrecht en het erfpachtrecht aan te houden. Het komt de Raad van State voor dat een directe omschrijving van de rechten van de promotor op bedoelde goederen de voorkeur moet hebben op de verwijzing naar het privaatrechtelijk instituut van recht van opstal en van erfpacht.

Artikelen 15 en 16.

Onder voorbehoud van de opmerkingen bij artikel 10, zijn de artikelen 15 en 16 zonder rechtsgrond in zover de toepassing ervan leidt tot een afwijking van het gemeen recht. Zoals bij de algemene opmerkingen reeds is vastgesteld, is in de wet onvoldoende rechtsgrond te vinden om in dit ontwerp voorrechten uit kracht van de wet uit te schakelen.

Artikelen 17 en 23.

De artikelen 17 en 23 regelen de voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Volgens de tekst kan de overeenkomst voortijdig worden beëindigd wanneer de bouwwerken of leveringen vernield worden zonder dat het bestuur hiervoor aansprakelijk is en de promotor weigert ze op eigen kosten te herstellen.

.../...

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).

Om de redenen uiteengezet bij de algemene opmerking is de Koning niet gemachtigd bij wijze van reglement bepalingen uit te vaardigen die niet noodzakelijkerwijze als een onmisbare voorwaarde der promotieovereenkomst kunnen beschouwd worden waarbij wordt afgeweken van de regels van gemeen recht betreffende het tenietgaan van verbintenissen, zoals die door de hoven en rechtbanken in geval van betwisting moeten kunnen geïnterpreteerd worden.

De Raad van State is dan ook de mening toegedaan dat er reden is deze artikelen te herzien.

Volledigheidshalve weze vermeld dat het de contracterende partijen uiteraard vrij staat contractueel hun wederzijdse verplichtingen te bedingen voor het geval dat de bouwwerken of leveringen tijdens de overeenkomst geheel of ten dele vernietigd zijn.

\+

\+ +

Bij het ontwerp zijn nog vormopmerkingen te maken die geen commentaar vergen. Ten slotte dient nog te worden opgemerkt dat de bepalingen van het ontwerp niet in een logische orde volgen. Zo bijvoorbeeld liggen de bepalingen van het bestek gespreid over de hoofdstukken II, III, IV en V.

.../...

Rekening houdende met voorgaande opmerkingen ten gronde, wordt voorgesteld de artikelen van het ontwerp te rangschikken en te lezen als volgt :

"HOOFDSTUK I. Algemene bepalingen.

Artikel 1 (artikel 1, § 1, en artikel 2 van het ontwerp).

Voor de toepassing van dit besluit wordt verstaan onder :

1° promotieovereenkomst : de schriftelijke overeenkomst waarbij een publiekrechtelijke persoon of enig ander in artikel 1 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken en leveringen en diensten vermeld persoon, hierna het bestuur genoemd, aan een natuurlijke of rechtspersoon van privaat recht tegelijk de financiering en de uitvoering van bouwwerken of leveringen gunt, al dan niet gepaard gaande met een opdracht van conceptie en studie;

2° inschrijver : hij die mededingt voor een gunning;

3° promotor : de inschrijver aan wie de promotieovereenkomst wordt gegund;

4° aannemer of leverancier : de natuurlijke of rechtspersoon van privaat recht op wie de promotor een beroep doet voor de uitvoering van werken of leveringen die het voorwerp zijn van de promotieovereenkomst, indien hij de werken of leveringen niet zelf uitvoert;

5° erkende financieringsinstelling : de door de Minister van Financiën erkende instelling die de financiering van de promotieovereenkomst waarborgt.

.../...

Artikel 2 (artikel 1, § 2, van het ontwerp).

De promotieovereenkomsten voorzien :

1° ofwel in het huren van de bouwwerken of leveringen, al dan niet met aankoopoptie of eigendomsoverdracht op termijn;

2° ofwel in de verwerving van bouwwerken of leveringen tegen betaling van annuïteiten gedurende een te bepalen aantal jaren.

Artikel 3 (artikel 3 van het ontwerp).

§ 1. Geen promotieovereenkomst mag worden aangegaan voor werken of leveringen waarvoor het bestuur zelf de financiering op zich kan nemen en de prijs na verstrekte en aanvaarde dienst kan betalen.

§ 2. Promotieovereenkomsten van werken kunnen slechts worden gegund :

1° indien het bestuur eigenaar of erfpachter is van de bouwgrond, ter oprichting van bouwwerken voor eigen behoeften of voor die van derden welke voldoen aan de voorwaarden die het bestuur vaststelt;

2° indien de promotor eigenaar is van de bouwgrond, ter oprichting van bouwwerken voor eigen behoeften van het bestuur.

Artikel 4 (artikel 4 van het ontwerp).

Op de promotieovereenkomsten zijn van toepassing, voor zover zij niet strijdig zijn met dit besluit :

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

.../...

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

HOOFDSTUK II. Bepalingen betreffende het bestek.

Afdeling 1. Algemene vermeldingen van het bestek.

Artikel 5 (artikel 9, partim, van het ontwerp).

§ 1. Het bestek van de promotieovereenkomst vermeldt :

1° het voorwerp van de opdracht, de wijze van gunning, de wijze van prijsbepaling, het bestuur dat de gunning verleent, het adres waar de inschrijvingen of de offertes dienen te worden toegezonden of ter hand gesteld;

2° de minimumvoorwaarden waaraan de promotor moet voldoen wat betreft zijn financiële en technische mogelijkheden;

3° het bedrag van de geëiste waarborg;

4° de termijn of termijnen vastgesteld voor de gehele of gedeeltelijke beschikbaarstelling van de bouwwerken of de leveringen door de promotor;

5° de boeten ingeval de promotor in zijn contractuele verplichtingen te kort schiet;

6° de nadere regelen betreffende het door het bestuur te houden toezicht op en te verrichten keuring van de werken en de leveringen.

.../...

§ 2. Het bestek vermeldt bovendien, in voorkomend geval :

1° plaats, dag en uur voor het openen van de inschrijvingen;

2° de verwijzing naar beschrijvingen en plans, alsmede naar alle andere bescheiden die op de opdracht toepasselijk zijn, zoals typebestekken, gehomologeerde en geregistreerde normen en technische specificaties;

3° de betalingswijzen, de formule voor de herziening van de annuïteiten of de huurprijs en het bestuur dat voor de betaling instaat;

4° de afwijkingen van de algemene aannemingsvoorwaarden wegens de bijzondere eisen van de opdracht;

5° de formule voor het vaststellen van de te betalen prijs in geval van lichting van de aankoopoptie; bij ontstentenis van een dergelijke formule in het bestek van een promotieovereenkomst van bouwwerken is de volgende formule van toepassing :

$$\frac{1}{i} \times 0{,}80\ RH \times (1-0{,}03n) \times 1{,}03$$

waarin :

i = de wettelijke rentevoet voor burgerlijke en voor handelszaken;

RH = de huurprijs, in voorkomend geval de herziene huurprijs, die overeenkomstig de bepalingen van het contract verschuldigd is gedurende het jaar dat aan de lichting van de optie voorafgaat;

.../...

n = het aantal volle jaren verlopen tussen de datum van de beschikbaarstelling van de bouwwerken en de lichting van de optie.

Afdeling 2. Aanvullende vermeldingen in geval van promotieovereenkomst van bouwwerken.

Artikel 6 (artikel 9, § 1, partim, van het ontwerp).

In geval van promotieovereenkomst van bouwwerken vermeldt het bestek bovendien de rechten die iedere partij heeft op de gronden die dienen als zate voor de bouwwerken en in voorkomend geval de zakelijke rechten welke het bestuur aan de promotor afstaat alsmede de voorwaarden waaraan die overdracht is onderworpen en de termijn waarin de akte van overdracht zal worden verleden.

Artikel 7 (artikel 10 van het ontwerp).

§ 1. Indien de bouwwerken opgericht worden op gronden waarvan het bestuur eigenaar of erfpachter is en ter voldoening van zijn eigen behoeften, bepaalt het bestek dat zij worden overgedragen :

1° hetzij na afloop van een periode van ten minste 10 jaar, gedurende welke het bestuur tegen betaling van een huurprijs over de gebouwen beschikt;

2° hetzij vanaf de voltooiing van de bouwwerken, in welk geval de betalingen gespreid worden over een periode van ten minste 10 jaar vanaf de dag waarop het bestuur over de bouwwerken beschikt.

.../...

§ 2. In het geval van § 1, 1°, worden de zakelijke rechten die het bestuur aan de promotor verleent, nader omschreven in een formulier dat bij het bestek is gevoegd en dat door de promotor ondertekend bij de inschrijving wordt gehecht. Het formulier vermeldt de voorwaarden, inzonderheid die van § 3 en § 4 van dit artikel en van artikel 21. De overdracht wordt vastgesteld in een akte die binnen de in het bestek bepaalde termijn en uiterlijk binnen vier maanden na de goedkeuring van de offerte wordt verleden.

§ 3. De bouwgrond mag niet vóór het verlijden van de akte ter beschikking van de promotor worden gesteld.

De promotor kan de rechten en plichten die op het verworven zakelijk recht betrekking hebben, niet dan met de schriftelijke en voorafgaande instemming van het bestuur overdragen.

§ 4. In het geval van § 1, 2°, doet het bestuur voor de duur van de uitvoering van de bouwwerken afstand van het recht van natrekking.

Artikel 8 (artikelen 9, § 2, partim, en 11 van het ontwerp).

Indien de bouwwerken opgericht worden op gronden waarvan het bestuur eigenaar of verpachter is doch ter voldoening van de behoeften van derden, bepaalt het bestek de voorwaarden van verkoop of van verhuring alsmede de voorwaarden waaraan de derden moeten voldoen. Indien het bestuur zich het recht voorbehoudt zelf de derden aan te wijzen, bepaalt het bestek de termijn waarin die aanwijzingen zullen geschieden.

Indien de bouwwerken aan derden worden verhuurd, zijn de bepalingen van artikel 7, §§ 2 en 3, toepasselijk. Indien zij bestemd zijn om aan derden te worden verkocht, doet het bestuur tot aan de verkoop afstand van het recht van natrekking.

.../...

Artikel 9 (artikel 12 van het ontwerp).

Indien de promotor eigenaar is van de bouwgrond, bepaalt het bestek de voorwaarden waaronder het bestuur over de bouwwerken wil beschikken, te weten :

1° hetzij het gewoon huren voor de termijn die in het bestek wordt bepaald;

2° hetzij het huren met aankoopoptie van bouwgrond en bouwwerken. In dit geval worden de betalingen gespreid over een periode van ten minste tien jaren vanaf de terbeschikkingstelling der bouwwerken;

3° hetzij het huren met eigendomsoverdracht na een termijn van ten minste tien jaren. In dit geval wordt de spreiding van de betalingen vermeld;

4° hetzij het verwerven vanaf de voltooiing van de werken. In dit geval worden de betalingen gespreid over een periode van ten minste tien jaren vanaf de terbeschikkingstelling van de bouwwerken.

De akte die de eigendomsoverdracht vaststelt wordt binnen vier maanden na de overdracht verleden.

Afdeling 3. Aanvullende vermeldingen in geval van promotieovereenkomst van leveringen.

Artikel 10 (artikel 9, § 1, laatste lid, van het ontwerp).

In geval van promotieovereenkomst van leveringen vermeldt het bestek bovendien de rechten die het bestuur heeft op de leveringen alsmede de voorwaarden en termijnen voor de eventuele eigendomsoverdracht van de goederen.

.../...

Artikel 11 (artikel 20 van het ontwerp).

§ 1. Het bestek bepaalt de voorwaarden waaronder het bestuur over de leveringen wenst te beschikken, te weten :

1° hetzij het gewoon huren voor de termijn die in het bestek wordt bepaald;

2° hetzij het huren met een aankoopoptie die ten vroegste na afloop van het vijfde jaar van de ingebruikneming van de leveringen kan worden gelicht;

3° hetzij het huren met eigendomsoverdracht na een termijn die niet minder dan vijf jaar vanaf de ingebruikneming van de leveringen mag bedragen.

§ 2. De eigendomsoverdracht geschiedt ofwel bij de lichting van de aankoopoptie, ofwel na afloop van de in het bestek gestelde termijn.

HOOFDSTUK III. Bepalingen betreffende de inschrijving.

Artikel 12 (artikel 6, eerste lid, en artikel 7, § 6, van het ontwerp).

De door de inschrijver in te dienen prijs houdt rekening met de kostprijs van de bouwwerken of leveringen, verhoogd met de financieringskosten, de eventuele studiekosten en alle andere lasten die hij uit hoofde van de opdracht moet dragen.

De prijs wordt in de offerte van de inschrijver vastgesteld. Dat bedrag kan slechts worden herzien voor zover het bestek dit toelaat en daartoe een formule bevat.

.../...

Artikel 13 (artikel 5, § 1, van het ontwerp).

Ieder inschrijver is verplicht, uiterlijk bij het indienen van zijn inschrijving of offerte, tot het overleggen van een waarborg van goede voltooiing, verstrekt door een of verscheidene erkende financieringsinstellingen. Deze laatste gaan de verbintenis aan de verplichtingen van de promotor overeenkomstig de voorwaarden van de opdracht binnen de gestelde termijnen na te komen, indien de promotor mocht in gebreke blijven of overlijden.

Artikel 14 (artikel 19 van het ontwerp).

§ 1. Indien de promotor niet zelf de werken uitvoert, voegt hij bij zijn inschrijving een lijst van hoogstens drie behoorlijk erkende algemene aannemers, waarvan hij overweegt er één of meer met de uitvoering van de werken te belasten. Zonder de schriftelijke en voorafgaande instemming van het bestuur kan hij geen beroep doen op andere algemene aannemers.

§ 2. De bestekken voor de onderaannemingen, dit zijn de overeenkomsten gesloten tussen de promotor en aannemers of tussen aannemers en onderaannemers, verwijzen naar het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Ongeacht het stadium waarin zij optreden, moeten de onderaannemers, volgens de werken die hen werden toevertrouwd, in de vereiste categorie of ondercategorie en klasse erkend zijn.

Artikel 15 (artikel 14, § 3, van het ontwerp).

Indien de bouwwerken bestemd zijn om aan derden te worden verhuurd, voegt de promotor bij zijn inschrijving een model van huurcontract waarin is gesteld dat de promotor aan de ver-

.../...

plichtingen van artikel 21, § 1, 3°, de huurder aan die van artikel 18, § 2, 2° en 4°, en beiden aan de andere in het bestek vermelde verplichtingen onderworpen zijn.

HOOFDSTUK IV. Bepalingen betreffende de gunning.

Artikel 16 (artikel 8 van het ontwerp).

§ 1. Promotieovereenkomsten worden gegund ingevolge aanbestedingen of offerteaanvraag ... (voor het overige zie opmerking bij artikel 8, § 1, van het ontwerp).

§ 2. Met toepassing van artikel 17, § 2, 3°, van de wet is onderhandse gunning voor promotieovereenkomsten voor werken slechts toegestaan :

1° hetzij wanneer het enig beschikbaar perceel voor het oprichten van de bouwwerken aan de promotor toebehoort;

2° hetzij wanneer de betrokken bouwwerken ... (voorts zoals in artikel 8, § 2, 2°, van het ontwerp).

Artikel 17 (artikel 6, tweede lid, van het ontwerp).

Ongeacht de wijze van gunning kan het bestuur de ingediende prijzen controleren overeenkomstig het koninklijk besluit van 22 april 1977.

HOOFDSTUK V. Bepalingen betreffende de verplichtingen van het bestuur.

Artikel 18 (artikel 14, § 2, van het ontwerp).

Indien het bestuur voor eigen behoeften doet bouwen, verplicht het zich ertoe :

.../...

1° de prijs van de opdracht te kwijten door storting van annuïteiten of van huur;

2° de bouwwerken naar hun bestemming te gebruiken;

3° de huurherstellingen en het gewoon onderhoud, zoals omschreven in de artikelen 1754 tot 1756 van het Burgerlijk Wetboek, te doen uitvoeren;

4° noch binnen, noch buiten de gebouwen verbouwingswerken uit te voeren zonder het schriftelijk en voorafgaand akkoord van de promotor.

Artikel 19 (artikel 22, § 2, van het ontwerp).

In geval van promotieovereenkomst van leveringen verbindt het bestuur zich ertoe :

1° ...;

2° ...;

3° ... (zoals in artikel 22, § 2, 1°, 2° en 3°, van het ontwerp).

HOOFDSTUK VI. Bepalingen betreffende de verplichtingen van de promotor.

Artikel 20 (artikel 5, § 2, van het ontwerp).

De promotor is gehouden :

1° een waarborg te stellen overeenkomstig de bepalingen van de algemene aannemingsvoorwaarden; in geval van promotieovereenkomst van werken wordt die borg berekend op grond van de kostprijs van te verwezenlijken bouwwerken, exclusief de financierings-, conceptie- en studiekosten, zoals deze uit de gesloten overeenkomst voortvloeit;

.../...

2° tegenover het bestuur en tegenover de derden bedoeld in artikel 3, § 2, 1°, de in de artikelen 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek bedoelde aansprakelijkheid van de aannemer op zich te nemen;

3° voor de uitvoering van de werken een beroep te doen ... (voorts zoals in artikel 5, § 2, 3°, van het ontwerp);

4° in zijn betrekkingen met de aannemers, ... (voorts zoals in artikel 5, § 2, 4°, van het ontwerp);

5° de algemene aannemingsvoorwaarden van ... (voorts zoals in artikel 5, § 2, 5°, van het ontwerp);

6° op zijn kosten een of verscheidene verzekeringspolissen te onderschrijven om in alle opzichten en in voldoende mate zijn aansprakelijkheid waarvan sprake in 2° te dekken en erover te waken dat de aannemers op wie hij een beroep doet ... (voorts zoals in artikel 5, § 2, 6°, van het ontwerp).

Artikel 21 (artikel 14, § 1, van het ontwerp).

In geval van promotieovereenkomst van bouwwerken verbindt de promotor zich bovendien ertoe :

1° ... (zoals in artikel 14, § 1, 1°, van het ontwerp);

2° ... (zoals in artikel 14, § 1, 2°, van het ontwerp);

3° wanneer de promotor eigenaar is van de bouwwerken en ze aan het bestuur of aan derden, bedoeld in artikel 3, § 2, 1°, verhuurt :

.../...

a) ... (zoals in artikel 14, § 1, 3°, a, van het ontwerp);

b) ... (zoals in artikel 14, § 1, 3°, b, van het ontwerp);

c) ... (zoals in artikel 14, § 1, 3°, c, van het ontwerp).

Artikel 22 (artikel 15 van het ontwerp).

Indien het bestek ... (voorts zoals in artikel 15 van het ontwerp, onder voorbehoud van de bijzondere opmerking bij dat artikel).

Artikel 23 (artikel 22, § 1, van het ontwerp).

In geval van promotieovereenkomst van leveringen verbindt de promotor zich bovendien ertoe :

... (voorts zoals in artikel 22, § 1, van het ontwerp).

HOOFDSTUK VII. Bepalingen betreffende de uitvoering.

Artikel 24 (artikel 7, §§ 1 tot 5, van het ontwerp).

De prijs van de opdracht wordt betaald :

... (voorts zoals in artikel 7, §§ 1 tot 5, van het ontwerp).

Artikel 25 (artikel 13 van het ontwerp).

§ 1. Over al de bouwwerken waarmede de promotor is belast, voert het bestuur de technische controle uit of laat het ze uitvoeren door bevoegde personen of instellingen, naar keuze van het bestuur.

§ 2. De voorlopige en definitieve keuringen door de promotor van de werken die het voorwerp van een aanneming hebben uitgemaakt binden het bestuur niet.

.../...

Artikelen 26 en 27 (artikelen 17 en 18 van het ontwerp).

... (zoals in de artikelen 17 en 18 van het ontwerp, onder voorbehoud van de bijzondere opmerking bij de artikelen 17 en 23; in de tekst van artikel 18, § 1, van het ontwerp, leze men "bij een ter post aangetekende brief" en "en aan de financiële instelling welke ...").

Artikel 28 (artikel 21 van het ontwerp).

De voorlopige en de definitieve keuringen van de leveringen door de promotor binden het bestuur niet.

Artikelen 29 en 30 (artikelen 23 en 24 van het ontwerp).

... (zoals in artikelen 23 en 24 van het ontwerp, onder voorbehoud van de bijzondere opmerking bij de artikelen 17 en 23; in de tekst van artikel 24, § 1, van het ontwerp leze men "bij ter post aangetekende brief"; in § 3 van hetzelfde artikel leze men : "... na afloop van een termijn van vijftien dagen, in de plaats van de promotor en op diens risico de tekortkomingen ongedaan maken").

HOOFDSTUK VIII. Slotbepalingen.

Artikel 31.-

... (zoals in artikel 25 van het ontwerp).

Artikel 32.-

... (zoals in artikel 26 van het ontwerp)".

OBSERVATIONS GENERALES.

L'arrêté royal en projet tend à déterminer les conditions générales pour la passation des marchés publics de promotion de travaux et de fournitures visés par l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Le projet trouve son fondement légal dans l'article 5 précité de la loi du 14 juillet 1974, aux termes duquel il ne peut être passé de marché public de promotion "si ce n'est dans les conditions déterminées par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres". La loi elle-même prévoit déjà certaines conditions particulières.

Ainsi que le Conseil d'Etat a pu l'observer dans son avis concernant un projet d'arrêté royal relatif aux conditions de passation des marchés publics par voie de concession d'ouvrages (L. 13.150/1), qui - à l'exception des conditions que la loi elle-même prévoit en matière de marchés de promotion - avait le même fondement légal que le présent projet, l'attribution de pouvoirs au Roi est formulée en termes fort généraux et figure dans une disposition qui, en principe, interdit la passation de marchés publics de promotion. Cette double constatation pourrait faire conclure, en l'espèce, que les pouvoirs attribués au Roi sont de large interprétation.

Dans cet avis, le Conseil d'Etat soulignait 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. Il concluait

.../...

que 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.

En vertu de l'article 5, § 2, 2°, du projet, le promoteur est tenu d' "assumer ... les responsabilités incombant à l'entrepreneur et à l'architecte en vertu des articles 1792 et 2270 du Code civil". Il est également tenu de faire assurer la responsabilité de l'entrepreneur et de l'architecte (article 5, § 2, 6°, du projet).

Dans la mesure où ces dispositions tendent à faire assumer par le promoteur la responsabilité qui incombe à l'entrepreneur, le présent projet reproduit une disposition de l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976. Le projet étend toutefois la responsabilité du promoteur à celle de l'architecte. Il déroge ainsi aux règles de la responsabilité civile établies de manière impérative par les articles du Code civil précités.

Il résulte de l'article 16 que le transfert de la propriété des ouvrages et, le cas échéant, du terrain, s'effectue quitte et libre de tous droits réels et personnels, sans que l'administration soit tenue à aucun autre paiement que celui prévu au marché de promotion. En cela aussi, le projet déroge manifestement au droit commun qui prévoit des privilèges légaux. 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 promotion et qui dérogent aux règles du droit commun en matière de la responsabilité civile et de privilège. Il importe de ne pas 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 les dispositions des articles 5, § 2, 2° et 6°, et 16 du projet, dans la mesure où elles dérogent au droit commun.

OBSERVATIONS PARTICULIERES.

Intitulé.

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

"Arrêté royal relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de promotion de travaux et de fournitures".

.../...

Article ler.

Il serait utile de faire débuter le projet par une série de définitions. A cet effet, il est recommandé de grouper les dispositions faisant l'objet de l'article ler, § ler, et de l'article 2, en un seul article, dont le texte sera proposé ci-après.

Article 4.

Aux termes du rapport au Roi, les marchés publics de promotion sont soumis non seulement à l'arrêté royal du 22 avril 1977, mais aussi à l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics. Ce dernier arrêté doit, dès lors, également être mentionné dans le projet.

Article 5.

En ce qui concerne l'article 5, § 2, 2° et 6° du projet, on se reportera à l'observation générale y relative.

Articles 6 et 7.

Les articles 6 et 7 règlent la détermination et le contrôle des prix ainsi que les modalités de paiement. Il n'est pas toujours possible de distinguer nettement les unes et les autres de ces dispositions. Ainsi, l'article 7, règle les différentes modalités de paiement pour en

.../...

revenir ensuite à la détermination du prix qui fait l'objet de l'article 6. En outre, il n'est pas fait de distinction entre le soumissionnaire et le promoteur. Une proposition classant ces diverses dispositions dans un ordre plus logique sera faite ci-après.

Article 8.

L'article 8, § ler, prévoit que les marchés de promotion "ne peuvent être passés de gré à gré que dans les cas énumérés dans l'article 17, § 2, 2°, 3°, 8° et 9°, de la loi du 14 juillet 1976".

Aux termes du rapport au Roi "ces cas sont ... les seuls qui s'appliquent aux conditions particulières des marchés de promotion". Le Conseil d'Etat n'est pas en mesure de vérifier si cette justification est pertinente.

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 a priori l'adjudication pour un groupe de marchés à attribuer 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 au choix de l'autorité compétente. L'article 8, § ler, doit donc se lire sous cette réserve et être adopté en conséquence.

.../...

Article 9.

L'article 9 du projet définit les indications qui doivent figurer au cahier spécial des charges. Une telle disposition serait mieux à sa place avant la disposition qui règle la passation des marchés de promotion.

Dans la structure donnée à cet article, le § 1er énonce d'abord les indications prescrites pour les marchés de promotion de travaux et de fournitures, et ensuite les indications complémentaires propres à chaque espèce de marché de promotion. Le § 2 commence, à nouveau, par la mention d'indications applicables aux deux espèces de marchés de promotion pour se terminer par l'énonciation des indications relatives aux marchés de promotion d'ouvrages destinés à des tiers. Il s'indiquerait, par souci de clarté, de mentionner d'abord toutes les indications communes à tous les marchés de promotion et de les faire suivre par les indications propres à chaque espèce de marché.

Le § 1er introduit une réglementation particulière pour les indications à faire figurer au cahier spécial des charges des marchés de promotion. Ce paragraphe se substituera à la disposition du § 1er de l'article 4 de l'arrêté royal du 22 avril 1977. Selon les déclarations du fonctionnaire délégué, les dispositions des §§ 2, 3 et 4 de cet article 4, resteront d'application aux marchés de promotion.

+

Aux termes de l'article 9, § 1er, du projet, le cahier spécial des charges mentionne le montant du "cautionnement exigé".

.../...

En vertu de l'article 2011 du Code civil, le cautionnement est une convention par laquelle un tiers (caution) s'engage envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur au cas où celui-ci reste en défaut. Il n'entre manifestement pas dans les intentions des auteurs du projet d'exiger qu'une telle convention soit conclue d'avance. Il suffirait, semble-t-il, que le cahier spécial des charges fixe le montant de la garantie ou des sûretés que le promoteur sera tenu de fournir. Il conviendrait, dès lors, de remplacer le mot "cautionnement" par le mot "garantie".

Le cahier spécial des charges mentionne, le cas échéant, les droits réels que l'administration cède au promoteur. Cette cession étant précisée à l'article 10, § 2, la disposition qui vient d'être citée peut, sans inconvénient, être supprimée à l'article 9.

Au § 2 de l'article 9, le projet prévoit une formule pour la détermination du prix à payer en cas de levée de l'option d'achat. Il y a discordance sur ce point, entre les deux versions. Manifestement, le cahier spécial des charges doit indiquer une formule aussi bien dans le cas d'un marché de promotion d'ouvrages que dans le cas d'un marché de promotion de fournitures. Si la formule fait défaut dans le cahier spécial des charges, c'est, selon la version néerlandaise, la formule prévue, à titre supplétif, par le projet qui sera applicable, alors que, selon la version française, cette dernière formule ne s'applique qu'aux marchés de promotion d'ouvrages. Il se dégage de ses éléments constitutifs que la formule envisagée n'est susceptible d'être utilisée qu'à l'égard des marchés de promotion d'ouvrages. Le rapport

au Roi ne fait, d'ailleurs, état que d'une formule à appliquer aux marchés de promotion d'ouvrages lorsque le cahier spécial des charges ne comporte pas de formule mieux adaptée. Il s'ensuit qu'il n'y a pas de formule pour les marchés de promotion de fournitures et que le texte néerlandais ne traduit pas l'intention exacte du Gouvernement.

Article 10.

Aux termes de l'article 10, § 2, l'administration peut octroyer au promoteur, pour la durée du marché, un droit de superficie ou d'emphytéose. Le promoteur ne jouira toutefois pas des droits prévus aux articles 5 et 6 de la loi du 10 janvier 1924 sur le droit de superficie (article 10, § 4). L'octroi d'une hypothèque ou d'une servitude est également permis, moyennant l'accord préalable de l'administration (article 15).

En principe, rien ne s'oppose à la cession de droits réels si les biens en question appartiennent au domaine privé des pouvoirs publics. Les droits réels sur des biens qui font partie du domaine public ne peuvent être cédés que dans la mesure où ils sont compatibles avec la destination du bien immobilier. En effet, les biens du domaine public sont inaliénables, ils sont soustraits au commerce. Conformément à l'article 45, 1°, de la loi sur les hypothèques, aucune hypothèque ne peut être constituée sur ces biens, seuls les biens qui sont dans le commerce étant susceptibles d'hypothèques.

.../...

Il est permis de se demander, dans ces conditions, s'il est encore nécessaire de recourir, dans le projet, aux notions de droit de superficie et d'emphytéose. Le Conseil d'Etat considère qu'une définition directe des droits du promoteur aux biens précités doit être préférée à la référence à l'institut privé qu'est le droit de superficie et d'emphytéose.

Articles 15 et 16.

Sous réserve des observations faites à propos de l'article 10, les articles 15 et 16 sont dépourvus de fondement légal dans la mesure où leur application aboutit à une dérogation au droit commun. Ainsi qu'il a déjà été relevé dans les observations générales, le présent projet ne trouve pas dans la loi un fondement légal suffisant pour éliminer des privilèges légaux.

Articles 17 et 23.

Les articles 17 et 23 règlent la résiliation prématurée du contrat. Selon le texte, il peut être mis fin prématurément au contrat lorsque les ouvrages ou les fournitures sont détruits sans que la responsabilité de l'administration soit engagée et que le promoteur refuse de les remettre en état à ses frais.

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).

.../...

Pour les motifs exposés dans l'observation générale, le Roi n'est pas autorisé à édicter par voie de règlement des dispositions qui ne doivent pas nécessairement être considérées comme une condition indispensable du contrat de promotion et qui déroge aux règles du droit commun en matière d'extinction des obligations, telles que les cours et tribunaux doivent pouvoir les interpréter en cas de contestation.

Le Conseil d'Etat estime, dès lors, qu'il y a lieu de revoir ces articles.

Pour être complet, il convient de signaler qu'il est évidemment loisible aux parties contractantes de stipuler contractuellement leurs obligations réciproques pour le cas où les ouvrages ou les fournitures viendraient à être détruits en tout ou en partie pendant la durée du marché.

+

\+ +

Le projet appelle, pour le surplus, quelques observations de pure forme qui ne requièrent pas de commentaire. Enfin, il convient d'observer que l'ordonnance des dispositions du projet n'est pas toujours logique. Les dispositions du cahier spécial des charges, par exemple, sont répartis dans les chapitres II, III, IV et V.

Compte tenu des observations formulées ci-dessus quant au fond, il est proposé de classer et de rédiger les articles du projet comme suit :

"CHAPITRE I. Dispositions générales.

Article 1er (article 1er, § 1er, et article 2 du projet).

Pour l'application du présent arrêté, il faut entendre par :

1° marché de promotion : le contrat écrit par lequel une personne 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, confie à une personne physique ou morale de droit privé à la fois le financement et l'exécution d'ouvrages ou de fournitures, accompagnés ou non d'une mission de conception et d'étude;

2° soumissionnaire : celui qui concourt en vue de l'attribution du marché;

3° promoteur : le soumissionnaire auquel le marché de promotion est attribué;

4° entrepreneur ou fournisseur : la personne physique ou morale de droit privé à laquelle le promoteur a recours pour la réalisation des travaux ou fournitures faisant l'objet du marché de promotion, s'il ne les réalise pas lui-même;

5° organisme financier reconnu : l'organisme financier reconnu par le Ministre des Finances, en vue de garantir le financement du marché de promotion.

.../...

Article 2 (article ler, § 2, du projet).

Les contrats de promotion prévoient :

1° soit la prise en location d'ouvrages ou de fournitures, accompagnée ou non d'une option d'achat ou d'un transfert de propriété à terme;

2° soit l'acquisition d'ouvrages ou de fournitures moyennant versement d'annuités pendant un nombre d'années à déterminer.

Article 3 (article 3 du projet).

§ ler. Il ne peut être passé de marchés de promotion pour les travaux ou fournitures dont l'administration peut elle-même assumer le financement et acquitter le prix après service fait et accepté.

§ 2. Il ne peut être passé de marchés de promotion de travaux qu'en vue :

1° si l'administration est propriétaire ou emphytéote du terrain d'assiette, d'ériger des ouvrages destinés à ses besoins propres ou aux besoins de tiers répondant aux conditions qu'elle fixe;

2° si le promoteur est propriétaire du terrain d'assiette, d'ériger des ouvrages destinés aux besoins propres de l'administration.

.../...

Article 4 (article 4 du projet).

Sont applicables aux marchés de promotion 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.

.../...

CHAPITRE II. Dispositions relatives au cahier spécial des charges.

Section 1. Mentions générales du cahier spécial des charges.

Article 5 (article 9, partim, du projet).

§ 1er. Le cahier spécial des charges du marché de promotion mentionne :

1° l'objet du marché, le mode de passation, le mode de détermination des prix, l'administration qui passe le marché, l'adresse à laquelle les soumissions ou les offres doivent être envoyées ou remises;

2° les conditions minimales auxquelles le promoteur doit satisfaire en ce qui concerne ses capacités financières et techniques;

3° le montant de la garantie exigée;

4° le ou les délais fixés pour la mise à disposition totale ou partielle par le promoteur, des ouvrages ou des fournitures;

5° les amendes à appliquer au cas où le promoteur manque à ses obligations contractuelles;

6° les modalités de contrôle et de réception des travaux et fournitures par l'administration;

§ 2. Le cahier spécial des charges mentionne en outre, le cas échéant :

.../...

1° les lieu, jour et heure de l'ouverture des soumissions;

2° la référence aux descriptions et aux plans, ainsi qu'à tous autres documents rendus applicables au marché, tels que cahiers des charges type, normes homologuées ou enregistrées et spécifications techniques;

3° les modalités de paiement, la formule de révision de l'annuité ou de la redevance locative et l'administration responsable du paiement;

4° les dérogations aux clauses du cahier général des charges compte tenu des exigences particulières du marché considéré;

5° la formule de détermination du prix à payer en cas de levée de l'option d'achat; en l'absence d'une telle formule dans le cahier spécial des charges d'un marché de promotion d'ouvrages, la formule suivante est d'application :

$$\frac{1}{i} \times 0{,}80\ RH \times (1-0{,}03\ n) \times 1{,}03$$

dans laquelle :

i = le taux de l'intérêt légal en matière civile et commerciale;

RH = la redevance locative, le cas échéant révisée selon les dispositions du contrat, due pendant l'année qui précède la levée de l'option;

n = le nombre d'années entières entre la mise à disposition des ouvrages et la levée de l'option.

Section 2. Mentions complémentaires en cas de marché de promotion d'ouvrages.

.../...

Article 6 (article 9, § 1er, partim, du projet).

En cas de marché de promotion d'ouvrages, le cahier spécial des charges mentionne en outre les droits de chacune des parties sur les terrains servant d'assiette aux ouvrages et, le cas échéant, les droits réels que l'administration cède au promoteur ainsi que les conditions auxquelles cette cession est soumise et le délai dans lequel l'acte de cession sera passé.

Article 7 (article 10 du projet).

§ 1er. Si les ouvrages sont érigés sur des terrains dont l'administration est propriétaire ou emphytéote et pour satisfaire à ses besoins propres, le cahier spécial des charges précise qu'ils sont transférés :

1° soit à l'issue d'une période d'au moins 10 ans pendant laquelle l'administration dispose des ouvrages moyennant paiement d'une redevance locative;

2° soit dès l'achèvement des ouvrages, les paiements étant échelonnés dans ce cas sur une période d'au moins 10 ans à partir de la date à laquelle l'administration dispose des ouvrages.

§ 2. Dans le cas prévu au § 1er, 1°, les droits réels octroyés par l'administration au promoteur sont précisés dans un formulaire qui est annexé au cahier spécial des charges et que le promoteur, après signature, joint à la soumission.

.../...

Le formulaire mentionne les conditions, notamment celles prévues aux §§ 3 et 4 du présent article et à l'article 21. La cession est constatée dans un acte passé dans le délai prévu au cahier spécial des charges et au plus tard dans les quatres mois qui suivent l'approbation de l'offre.

§ 3. Le terrain ne peut être mis à la disposition du promoteur avant la date de passation de l'acte.

Le promoteur ne peut céder les droits et obligations afférents au droit réel acquis qu'avec l'accord écrit et préalable de l'administration.

§ 4. Dans le cas prévu au § 1er, 2°, l'administration renonce au droit d'accession pendant toute la durée d'exécution des ouvrages.

Article 8 (articles 9, § 2, partim et 11 du projet).

Si les ouvrages sont érigés sur des terrains dont l'administration est propriétaire ou emphytéote mais pour satisfaire aux besoins de tiers, le cahier spécial des charges détermine les conditions de vente ou de location ainsi que les conditions auxquelles les tiers doivent répondre. Si l'administration se réserve le droit de désigner elle-même les tiers, le cahier spécial des charges fixe le délai dans lequel ces désignations doivent intervenir.

Si les ouvrages sont loués à des tiers, les dispositions de l'article 7, §§ 2 et 3 sont d'application. S'ils sont destinés à être vendus à des tiers, l'administration renonce au droit d'accession jusqu'à la vente.

Article 9 (article 12 du projet).

.../...

Si le promoteur est propriétaire du terrain, le cahier spécial des charges détermine les conditions dans lesquelles l'administration entend disposer des ouvrages, à savoir :

1° soit la simple location pour le terme fixé dans le cahier spécial des charges;

2° soit la location avec option d'achat du terrain et des ouvrages. Dans ce cas, les paiements sont échelonnés sur une période d'au moins dix ans à partir de la mise à disposition des ouvrages;

3° soit la location avec transfert de propriété après un terme d'au moins dix ans. Dans ce cas, il est fait mention de l'échelonnement des paiements;

4° soit l'acquisition dès l'achèvement des travaux. Dans ce cas, les paiements sont échelonnés sur une période d'au moins dix ans à partir de la mise à disposition des ouvrages.

L'acte constatant le transfert de propriété doit être passé dans les quatre mois qui suivent le transfert.

Section 3. Mentions complémentaires en cas de marché de promotion de fournitures.

Article 10 (article 9, § 1er, dernier alinéa, du projet).

En cas de marché de promotion de fournitures, le cahier spécial des charges mentionne en outre les droits de l'administration sur les fournitures ainsi que les conditions et les délais relatifs au transfert éventuel de la propriété des biens.

.../...

Article 11 (article 20 du projet).

§ 1er. Le cahier spécial des charges détermine les conditions dans lesquelles l'administration entend disposer des fournitures, à savoir :

1° soit la simple location pour le terme fixé dans le cahier spécial des charges;

2° soit la location avec option d'achat qui peut être levée au plus tôt à l'issue de la cinquième année d'utilisation des fournitures;

3° soit la location avec transfert de propriété après un terme qui ne peut être inférieur à cinq ans à compter de l'utilisation des fournitures.

§ 2. Le transfert de propriété a lieu soit lors de la levée de l'option d'achat, soit à l'issue du terme prévu au cahier spécial des charges.

CHAPITRE III. Dispositions relatives à la soumission.

Article 12 (article 6, alinéa 1er, et article 7,§ 6, du projet).

Le prix à remettre par le soumissionnaire tient compte du coût des ouvrages ou fournitures, majoré du coût du financement, du coût de l'étude éventuelle et de toutes autres charges lui incombant en vertu du contrat.

Le prix est fixé dans l'offre du soumissionnaire. Ce montant n'est soumis à révision que dans le cas où le cahier spécial des charges le prévoit et comporte une formule à cet effet.

.../...

Article 13 (article 5, § 1er, du projet).

Tout soumissionnaire est tenu de produire, au plus tard lors de l'introduction de sa soumission ou de son offre, une garantie de bonne fin délivrée par un ou plusieurs organismes financiers reconnus. Ceux-ci s'engagent à assumer les obligations incombant au promoteur aux conditions du marché et dans les délais impartis en cas de défaillance ou de décès de celui-ci.

Article 14 (article 19 du projet).

§ 1er. Si le promoteur n'exécute pas lui-même les travaux, il joint à sa soumission une liste mentionnant au maximum trois entrepreneurs généraux dûment agréés, à l'un ou à plusieurs desquels il compte confier l'exécution des travaux. Il ne peut avoir recours à d'autres entrepreneurs généraux sans l'accord écrit et préalable de l'administration.

§ 2. Les cahiers spéciaux des charges des marchés de sous-traitance, c'est-à-dire des marchés passés entre le promoteur et des entrepreneurs ou entre des entrepreneurs et des sous-traitants, se réfèrent à l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Quel que soit le stade auquel ils interviennent, les sous-traitants doivent être agréés dans la catégorie ou la sous-catégorie et la classe requises, selon les travaux qui leur ont été confiés.

Article 15 (article 14, § 3, du projet).

Si les ouvrages sont destinés à être loués à des tiers, le promoteur joint à sa soumission un contrat de location type

.../...

qui prévoit que le promoteur est soumis aux obligations visées à l'article 21, § 1er, 3°, le locataire à celles visées à l'article 18, § 2, 2° et 4°, et tous deux aux autres obligations prévues par le cahier spécial des charges.

CHAPITRE IV. Dispositions relatives à la passation du marché.

Article 16 (article 8 du projet).

§ 1er. Les marchés de promotion sont passés par adjudication ou sur appel d'offres ... (pour la suite voir l'observation concernant l'article 8, § 1er, du projet).

§ 2. En application de l'article 17, § 2, 3°, de la loi, la passation de gré à gré des marchés de promotion d'ouvrages n'est autorisée que lorsque :

1° soit, le seul terrain disponible pour servir d'assiette aux ouvrages appartient au promoteur;

2° soit, pour des raisons urbanistiques ... (suite comme à l'article 8, § 2, 2°, du projet).

Article 17 (article 6, alinéa 2, du projet).

Quel que soit le mode de passation du marché, l'administration peut contrôler les prix remis, conformément à l'arrêté royal du 22 avril 1977.

CHAPITRE V. Dispositions relatives aux obligations de l'administration.

.../...

Article 18 (article 14, § 2, du projet).

Si l'administration fait construire pour ses propres besoins, elle s'engage :

1° à acquitter le prix du marché sous forme d'annuités ou de loyer;

2° à utiliser les ouvrages conformément à leur destination;

3° à y faire les réparations locatives et en assurer l'entretien normal, tels qu'ils sont définis aux articles 1754 à 1756 du Code civil;

4° à n'effectuer aucune transformation ni à l'intérieur, ni à l'extérieur des ouvrages, sans l'accord écrit et préalable du promoteur.

Article 19 (article 22, § 2, du projet).

En cas de marché de promotion de fournitures, l'administration s'engage :

1° ...

2° ...

3° ... (comme à l'article 22, § 2, 1°, 2° et 3° du projet).

CHAPITRE VI. Dispositions relatives aux obligations du promoteur.

Article 20 (article 5, § 2, du projet).

Le promoteur est tenu :

.../...

1° de constituer une garantie conformément aux dispositions du cahier général des charges; en cas de marché de promotion de travaux, cette garantie est calculée sur le coût des ouvrages à réaliser, tel qu'il découle du marché conclu, à l'exclusion des frais de financement, de conception et d'étude;

2° d'assumer à l'égard de l'administration et des tiers visés à l'article 3, § 2, 1°, la responsabilité de l'entrepreneur prévue par les articles 1792 et 2270 du Code civil;

3° d'avoir recours pour l'exécution des travaux ... (suite comme à l'article 5, § 2, 3°, du projet);

4° de respecter dans ses relations avec les entrepreneurs ... (suite comme à l'article 5, § 2, 4°, du projet);

5° de respecter et faire respecter ... (suite comme à l'article 5, § 2, 5°, du projet);

6° de souscrire à ses frais une ou plusieurs polices d'assurances couvrant à tous égards et dans une mesure suffisante ses responsabilités visées au 2° et de veiller à ce que les entrepreneurs auxquels il a recours ... (suite comme à l'article 5, § 2, 6°, du projet).

Article 21 (article 14, § 1er, du projet).

En cas de marché de promotion d'ouvrages, le promoteur s'engage en outre :

1° ... (comme à l'article 14, § 1er, 1°, du projet);

2° ... (comme à l'article 14, § 1er, 2°, du projet);

.../...

3° lorsque le promoteur est propriétaire des ouvrages et les loue à l'administration ou à des tiers, visés à l'article 3, § 2, 1° :

a) ... (comme à l'article 14, § 1er, 3°, a, du projet).

b) ... (comme à l'article 14, § 1er, 3°, b, du projet);

c) ... (comme à l'article 14, § 1er, 3°, c, du projet);

Article 22 (article 15 du projet).

Si le cahier spécial des charges ... (suite comme à l'article 15 du projet, sous réserve de l'observation particulière formulée concernant cet article).

Article 23 (article 22, § 1er, du projet).

En cas de marché de promotion de fournitures, le promoteur s'engage en outre :

... (suite comme à l'article 22, § 1er, du projet).

CHAPITRE VII. Dispositions relatives à l'exécution.

Article 24 (article 7, §§ 1er à 5, du projet).

Le prix du marché est payé :

... (suite comme à l'article 7, §§ 1er à 5 du projet).

.../...

Article 25 (article 13 du projet).

§ 1er. L'administration exerce ou fait exercer par des personnes ou des organismes compétents, qu'elle choisit, un contrôle technique de l'ensemble des travaux de construction à réaliser par le promoteur.

§ 2. Les réceptions provisoire et définitive par le promoteur des travaux qui ont fait l'objet d'un marché n'engagent pas l'administration.

Articles 26 et 27 (article 17 et 18 du projet).

... (comme aux articles 17 et 18 du projet, sous réserve de l'observation particulière formulée concernant les articles 17 et 23; dans le texte de l'article 18, § 1er, du projet, il convient d'écrire "et à l'organisme financier qui a garanti ..." et, dans la version néerlandaise, "bij een ter post aangetekende brief").

Article 28 (article 21 du projet).

Les réceptions provisoire et définitive des fournitures par le promoteur n'engagent pas l'administration.

Articles 29 et 30 (article 23 et 24 du projet).

... (comme aux articles 23 et 24 du projet, sous réserve de l'observation particulière formulée concernant les articles 17 et 23; dans la version néerlandaise de l'article 24, § 1er, du projet, il convient d'écrire "bij ter post aangetekende brief"; au § 3 du même article, il y a lieu d'écrire :

.../...

"... l'administration peut, à l'expiration d'un délai de quinze jours, remédier à ces manquements en lieu et place du promoteur et aux risques et périls de celui-ci").

CHAPITRE VIII. Dispositions finales.

Article 31.

... (comme à l'article 25 du projet).

Article 32.

... (comme à l'article 26 du projet)".

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,

Mevrouw : G. VAN INGELGOM, griffier,
Madame : greffier.

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 chambre était composée de

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, DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

G. VAN INGELGOM. A. MAST.