KONINKRIJK BELGIE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, de 3e oktober 1983 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 november 1979 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken", heeft de 16e april 1984 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 3 octobre 1983, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 14 novembre 1979 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de concession d'ouvrages", a donné le 16 avril 1984 l'avis suivant :

A. ALGEMENE OPMERKING.

Het ontwerp van koninklijk besluit strekt tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 november 1979 betreffende "algemene voorwaarden" van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken. Dit koninklijk besluit evenals het ontwerp ontlenen hun rechtsgrond aan artikel 5, eerste lid, van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten, naar luid waarvan geen concessieovereenkomst mag worden gegund "dan in de voorwaarden vastgesteld bij in Ministerraad overlegd koninklijk besluit".

Zoals de Raad van State in zijn advies van 15 december 1978 betreffende het ontwerp van koninklijk besluit, thans het voornoemde koninklijk besluit van 14 november 1979, deed opmerken, is de aangehaalde toewijzing van bevoegdheid verleend met toepassing van artikel 78 van de Grondwet en dient zij restrictief te worden geïnterpreteerd. Volgens een in het algemeen gevolgde, ongeschreven regel worden de koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van zodanige, toegewezen bevoegdheid voorafgegaan door een verslag aan de Koning. Die regel werd wel gevolgd ten opzichte van het voornoemde koninklijk besluit, maar niet ten opzichte van het onderhavig ontwerp van koninklijk besluit. Er kan geen reden zijn om ter zake af te wijken van die regel, des te meer omdat, zoals uit de hiernavolgende ontleding van de tekst van het ontwerp blijkt, de opzet van sommige bepalingen van het ontwerp een gepaste commentaar behoeft.

.../...

B. ONDERZOEK VAN HET ONTWERP.

Opschrift.

Het huidige opschrift van het voornoemde koninklijk besluit van 14 november 1979 stemt overeen met het voorstel dat de Raad van State in zijn advies van 15 december 1978 in dit verband heeft gedaan, met dit verschil evenwel dat in het Nederlands het huidige opschrift spreekt van "algemene voorwaarden" en het advies van "de algemene voorwaarden".

Het ontwerp biedt de gelegenheid om die foutieve redactie te herstellen. Die tekstverbetering dient te worden opgenomen in een nieuw artikel van het ontwerp. De huidige artikelen van het ontwerp dienen derhalve te worden vernummerd.

Aanhef.

Wat betreft de tweede aanhaling, geldt de opmerking in verband met het opschrift.

Artikel 1.

Het artikel strekt enkel tot vervanging van artikel 1, § 1, eerste lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 14 november 1979, door een tekst die overeenstemt met de redactie voorgesteld in het voornoemde advies van 15 december 1978.

Artikel 2.

Zoals het artikel is geconstrueerd, bevat het naast een bepaling tot wijziging van artikel 4, eerste lid, van het voornoemde koninklijk besluit, een autonome bepaling, die eveneens als een wijziging in artikel 4, eerste lid, dient te worden ingevoegd.

De vraag is echter of de ontworpen regeling rechtsgrond kan vinden in de opdrachtsbepaling van artikel 5 van de vermelde wet van 14 juli 1976.

Volgens de eerste bepaling van de ontworpen wijziging is de concessiehouder gehouden "tegenover het bestuur de hem opgelegde aansprakelijkheid bij toepassing van (de) artikel(en) 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek volledig op zich te nemen".

In zover zodanige aansprakelijkheid reeds voortvloeit uit de regels van het gemeen recht betreffende de burgerrechtelijke aansprakelijkheid, is die eerste bepaling overbodig.

In zover deze bepaling echter afwijkt van die regels, vindt zij, zoals de Raad van State in het voornoemde advies reeds deed opmerken, geen rechtsgrond in de voornoemde opdrachtsbepaling. In de ene zowel als in de andere veronderstelling dient die ontworpen eerste bepaling te vervallen.

De tweede bepaling van de ontworpen wijziging die essentieel het bepaalde van het huidige artikel 9, tweede, derde en vierde lid, van het vermelde koninklijk besluit herneemt, vindt evenmin, in zover de concessiehouder ertoe gehouden is

.../...

de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemers en de architecten te doen verzekeren, de vereiste rechtsgrond in artikel 5 van de wet van 14 juli 1976, zoals reeds in het voormelde advies erop gewezen werd.

De bepaling van de ontworpen wijziging die aanvat met de woorden "Bovenvermelde polissen moeten tevens een clausule bevatten ..." moet in het licht van de bovengedane opmerkingen, restrictief worden gelezen.

Artikel 3.

Het artikel wijzigt het huidige artikel 5, § 2, eerste lid, van het voornoemde koninklijk besluit door invoeging van de woorden "hetzij op een andere wijze voorzien in het bestek". Voor de wijzigingsbepaling wordt de volgende redactie aanbevolen :

"Gaat de concessie ... met een percentage op het voormelde bruto-omzetcijfer. In het bestek of in de bescheiden die het vervangen kan echter een andere manier van berekening van de retributie bepaald worden. De betaling wordt ... (voorts zoals in het ontwerp)".

Op te merken valt dat de nieuwe ontworpen bepaling die toelaat dat het bestek een andere manier van berekening van de retributie bepaalt, erop neerkomt dat er tussen de concessiehouder en concessiegever een volledige vrijheid van onderhandelen ter zake bestaat; bovendien is die mogelijkheid zodanig breed dat de drie vorige mogelijkheden zonder enig nut kunnen zijn.

.../...

Artikel 4.

Voor de nieuwe paragraaf 2 van artikel 7 wordt de volgende redactie voorgesteld :

"Het bestek of de bescheiden die het vervangen moeten daarenboven de tekst overnemen van de artikelen 2, § 3, en 6, §§ 3, 4, 5 en 6, van dit besluit".

Artikel 6.

De datum waarop het ontworpen koninklijk besluit in werking zal treden, is niet vermeld. Het is duidelijk dat het ontworpen koninklijk besluit geen terugwerkende kracht kan hebben.

A. OBSERVATIONS GENERALES.

Le projet d'arrêté royal tend à modifier l'arrêté royal du 14 novembre 1979 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de concession d'ouvrages. Cet arrêté royal ainsi que l'arrêté en projet trouvent leur fondement légal dans l'article 5, alinéa 1er, de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, 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".

Ainsi que le Conseil d'Etat l'a fait remarquer dans son avis du 15 décembre 1978 sur le projet d'arrêté royal qui est devenu l'arrêté royal du 14 novembre 1979 précité, cette attribution de pouvoirs procède d'une application de l'article 78 de la Constitution et doit être interprétée de manière restrictive. Selon une règle non écrite mais généralement suivie, les arrêtés royaux pris en exécution d'une telle attribution de pouvoirs sont précédés d'un rapport au Roi. Si cette règle a été observée à l'égard de l'arrêté royal précité, elle ne l'est toutefois pas en ce qui concerne le présent projet d'arrêté royal. Aucun motif ne justifie en l'occurrence une dérogation à cette règle, d'autant que - l'analyse du texte du projet le montrera - l'économie de certaines dispositions du projet appelle un commentaire adéquat.

B. EXAMEN DU PROJET.

Intitulé.

L'intitulé actuel de l'arrêté royal du 14 novembre 1979 correspond à la proposition que le Conseil d'Etat a faite à ce sujet dans son avis du 15 décembre 1978, à cette différence près que, dans la version néerlandaise de cet intitulé, il est question de "algemene voorwaarden" alors que l'avis recommandait d'écrire "de algemene voorwaarden".

.../...

Le présent projet offre l'occasion d'éliminer cette incorrection. La rectification doit faire l'objet d'un nouvel article. La numérotation des articles du présent projet devra être modifiée en conséquence.

PREAMBULE.

En ce qui concerne l'alinéa 2, on se reportera à l'observation formulée au sujet de l'intitulé.

Article 1er.

Cet article tend uniquement à remplacer l'article 1er, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 14 novembre 1979 précité par un texte qui correspond à celui que le Conseil d'Etat avait proposé dans son avis du 15 décembre 1978 précité.

Article 2.

Tel qu'il est structuré, cet article contient, outre une disposition modifiant l'article 4, alinéa 1er, de l'arrêté royal précité, une disposition autonome, qui devrait, de même, être présentée comme une modification apportée au même article 4, alinéa 1er.

Il s'agit toutefois de savoir si les dispositions en projet peuvent trouver un fondement légal dans l'habilitation portée par l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976 précitée.

Aux termes de la première disposition modificative en projet, le concessionnaire est tenu "d'assumer entièrement à l'égard de l'administration la responsabilité qu'il supporte en application des articles 1792 et 2270 du Code civil".

.../...

Dans la mesure où cette responsabilité découle déjà des règles du droit commun relatives à la responsabilité civile, la première disposition est superflue.

Dans la mesure où elle déroge à ces règles, elle ne trouve aucun fondement légal dans l'habilitation susvisée, ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà fait remarquer dans son avis précité. Dans l'une et l'autre hypothèse, il convient de supprimer la première disposition en projet.

En tant qu'elle prévoit que le concessionnaire est tenu de faire assurer la responsabilité décennale des entrepreneurs et architectes, la seconde disposition modificative en projet, qui reproduit essentiellement les dispositions de l'actuel article 9, alinéas 2, 3, et 4, de l'arrêté royal précité, ne trouve pas non plus de fondement légal dans l'article 5 de la loi du 14 juillet 1976 ainsi que l'avis susvisé l'a déjà signalé.

La disposition de la modification projetée qui commence par les mots "Les polices d'assurance précitées doivent également contenir une clause ..." doit, à la lumière des observations formulées ci-avant, être interprétée de manière restrictive.

Article 3.

Cet article modifie l'actuel article 5, § 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal précité en y insérant les mots "soit selon une autre modalité prévue dans le cahier spécial des charges". Le Conseil d'Etat recommande de rédiger cette disposition modificative comme suit :

"Lorsque la concession ... majoré d'un pourcentage du chiffre d'affaires brut précité. Le cahier spécial des charges ou les documents qui en tiennent lieu peuvent toutefois prévoir un autre mode de calcul de la redevance. Le paiement s'effectue ... (la suite comme au projet)".

.../...

On remarquera que la nouvelle disposition en projet, qui permet de fixer dans le cahier spécial des charges un autre mode de calcul de la redevance, revient à laisser au concessionnaire et au concédant une entière liberté de négociation en la matière; la faculté qui leur est ainsi accordée est en outre tellement large que les trois autres possibilités peuvent s'avérer sans utilité.

Article 4.

Il est proposé de rédiger le nouveau paragraphe 2 de l'article 7 comme suit :

"Le cahier spécial des charges ou les documents qui en tiennent lieu doivent en outre reproduire le texte des articles 2, § 3, et 6 §§ 3, 4, 5 et 6 du présent arrêté".

Article 6.

La date à laquelle l'arrêté royal en projet entrera en vigueur n'est pas mentionnée. Il est évident que l'arrêté ne peut avoir d'effet rétroactif.

De kamer was samengesteld uit

de Heren : H. ADRIAENS,
Messieurs :

H. COREMANS,
Gh. TACQ,

G. SCHRANS,

J. GIJSSELS,

Mevrouw : M. BENARD,
Madame :

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. Gh. TACQ.

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

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

M. BENARD.

La chambre était composée de

voorzitter,
président,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

assessoren van de afdeling wetgeving,
assesseurs de la section de législation,

griffier,
greffier.

La concordance entre la version néerlandaise et la version française a été vérifiée sous le contrôle de M. Gh. TACQ.

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

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

H. ADRIAENS.