

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, eerste kamer, op 10 april 1996 door de Eerste Minister verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen, diensten en concessies voor openbare werken", heeft op 13 juni 1996 het volgende advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, première chambre, saisi par le Premier Ministre, le 10 avril 1996, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "établissant les règles générales d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures, de services et de concessions de travaux publics", a donné le 13 juin 1996 l'avis suivant :

A. STREKKING EN RECHTSGROND VAN HET ONTWERP.

1. De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, heeft als doel het opzetten van een doorzichtige en coherente reglementering voor de gunning van overheidsopdrachten en sommige andere opdrachten. Zij onderscheidt daartoe drie verschillende gunningsstelsels :

- 1º de algemene reglementering inzake de "klassieke" overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en de concessies van openbare werken (boek I, titels II en III van de wet);
- 2º de algemene reglementering inzake de nutssectoren (water en energie, vervoer, telecommunicatie), die betrekking heeft op de overheidsopdrachten uitgaande van overheidsinstellingen en overheidsbedrijven in deze sectoren (boek I, titel IV van de wet);
- 3º de bijzondere reglementering inzake diezelfde nutssectoren, die betrekking heeft op bepaalde opdrachten uitgaande van privé-ondernemingen met bijzondere of exclusieve rechten en van overheidsbedrijven bij hun taken die niet van openbare dienst zijn (boek II van de wet).

2. Daar waar onder het regime van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van

.../...

werken, leveringen en diensten de nadere regels met betrekking tot zowel de gunning als de uitvoering van de overheidsopdrachten vervat waren in één enkel koninklijk besluit, namelijk dit van 22 april 1977, was dit niet meer mogelijk voor de wet van 24 december 1993.

Voor wat de gunning betreft is bij de uitvoeringsbesluiten dezelfde indeling gevolgd als de hierbovenstaande :

- 1º het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, heeft betrekking op de klassieke overheidsopdrachten;
- 2º het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie heeft betrekking op de overheidsopdrachten uitgaande van overheidsinstellingen en overheidsbedrijven in deze sectoren;
- 3º het koninklijk besluit van 26 juli 1994 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, heeft betrekking op bepaalde opdrachten uitgaande van privé-ondernemingen en overheidsbedrijven.

.../...

3. Hiernaast dient te worden vermeld, het koninklijk besluit van 10 januari 1996 tot wijziging van titel IV van boek I van de wet van 24 december 1993, dat de voormelde titel van die wet gedeeltelijk aanpast aan de wijzigende bepalingen van de richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (1).

4. In de memorie van toelichting bij het wetsontwerp dat de wet van 24 december 1993 is geworden, werd een toekomstig koninklijk besluit aangekondigd dat "de huidige algemene aannemingsvoorwaarden zal vervangen, die vervat zijn in het ministerieel besluit van 10 augustus 1977" (Gedr. St. Senaat, 1992-1993, 656/1, p. 10). De rechtsgrond hiervoor vormt artikel 1, § 1, tweede lid, van de wet van 24 december 1993, dat de Koning machtigt om "de inrichting van de in lid 1 bedoelde gunningsprocedures evenals de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten" te bepalen. Het zijn die laatste regels welke het voorliggend ontwerp-besluit beoogt vast te leggen. Zij betreffen enkel de overheidsopdrachten bedoeld in boek I van de wet, en dus niet de andere opdrachten welke het voorwerp uitmaken van boek II ervan. De daartoe gevolgde werkwijze is anders dan die welke voorheen, ter uitvoering van de wet van 14 juli 1976 werd gevolgd : terwijl er toen voor werd geopteerd enkele van de voornaamste uitvoeringsregels neer te leggen in het - algemeen - uitvoeringsbesluit van 22 april 1977 en

(1) Rechtsgrond daartoe is artikel 43, § 1, van de wet.

de bijzondere uitvoeringsregels - of algemene aannemingsvoorwaarden - in een ministerieel besluit van 10 augustus 1977, wordt er ditmaal voor geopteerd de "algemene aannemingsvoorwaarden" als bijlage te voegen bij het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels. Wat de gevolgen zijn van die werkwijze wordt verder in dit advies belicht.

B. BEVOEGDHEID.

1. Artikel 6, § 1, VI, derde en vierde lid van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming van de instellingen bepaalt : "In economische aangelegenheden oefenen de Gewesten hun bevoegdheden uit met inachtneming van de beginselen van het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen en van de vrijheid van handel en nijverheid, alsook met inachtneming van het algemeen normatief kader van de economische en monetaire eenheid ...", en : "De federale overheid is met dit doel bevoegd om algemene regels vast te stellen inzake : 1° de overheidsopdrachten; ...".

1.1. Wat dient te worden verstaan onder laatstgenoemde "algemene regels" inzake overheidsopdrachten, wordt in de bijzondere wet niet verduidelijkt. De parlementaire voorbereiding van de bijzondere wet van 8 augustus 1988 (1), waarbij de huidige tekst van artikel 6, § 1, VI, derde en vierde lid, werd ingevoerd, leert echter dat de bijzondere

(1) Gedr. St. Kamer, BZ 1988, 516/6, p. 126-127.

wetgever op het oog had de aangelegenheden op dat tijdstip geregeld door de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, evenals de reglementering inzake de erkenning van aannemers.

1.2. Rekening ermede houdend, enerzijds, dat de bijzondere wetgever de economische en monetaire eenheid als refertekader heeft gesteld, en anderzijds, dat hij concreet dacht aan de tamelijk gedetailleerde regelingen welke toen op nationaal vlak bestonden, kan worden aangenomen dat de ontworpen regelingen, voorwerp van de huidige adviesaanvraag, in beginsel tot de bevoegdheid van de federale uitvoerende macht behoren (1).

(1) Bij vergelijking met Europese richtlijnen, welke eveneens tot doel hebben een ongehinderd verkeer van onder meer goederen en diensten te verzekeren, zal men opmerken dat ook hier het nodig wordt geacht uiterst gedetailleerde regelingen uit te vaardigen, welke aan de Lid-Staten nog enkel een zeer beperkte ruimte laten om aanvullende regelingen te treffen. Men merke overigens op dat de geldende federale regeling inzake overheidsopdrachten, zoals neergelegd in de wet van 24 december 1993, in ruime mate mede gedetermineerd wordt door de Europese regelgeving.

2. In zoverre het nodig zou blijken te zijn om de federale en de gewestbevoegdheden op verordenend gebied af te bakenen - en dit geldt zoals hierna blijkt vooral in de hypothese dat de Gewesten in de toekomst eigen aanvullende regelingen zouden wensen in te stellen - kan worden verwezen naar het arrest nr. 79/92 van 23 december 1992 van het Arbitragehof. In dat arrest, gewezen naar aanleiding van een beroep ingesteld door de Waalse gewestexecutieve tegen de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning der aannemers van werken, oordeelde het Arbitragehof dat, enerzijds, de nationale - thans federale - overheid bevoegd is om de wettelijke of verordenende normen uit te vaardigen die de algemene regels vastleggen, voor zover als nodig is om de economische en monetaire unie in stand te houden, en, anderzijds, de Gewesten die normen kunnen aanvullen met andere normen, terwijl zij als enige bevoegd zijn om de individuele maatregelen voor de toepassing van de nationale en gewestelijke normen te nemen (considerans B.4). De aanvullende normen dienen om de Gewesten toe te laten een beleid te voeren dat is aangepast aan hun behoeften, voor zover het niet strijdig is met het normatief kader bepaald door de nationale overheid (considerans B.3.c). Centraal in deze redenering staat ook de toetsing van de door de nationale overheid uitgevaardigde algemene regels aan de beginselen opgesomd in artikel 6, § 1, VI, derde lid, van de voornoemde bijzondere wet (id., B.2) (1).

(1) Ook de wetgever hield rekening met de mogelijkheid dat gewestoverheden bijkomende regels zouden kunnen stellen, aangezien in de memorie van toelichting bij het wetsontwerp, dat de wet van 24 december 1993 is geworden, daarvan melding wordt gemaakt (Gedr. St. Senaat, 1992-1993, 656/1, p. 10).

3. Men zou dus kunnen stellen dat, tussen de bevoegdheid van de federale overheid om de algemene normen te bepalen, en die van de Gewesten om aanvullingsregels te stellen, een soort grijze zone bestaat binnen dewelke beide overheden zich zouden kunnen bewegen, voor zover het gebied nog niet door de andere werd betreden. Het zal dan in voorkomend geval aan het Arbitragehof zijn om uit te maken welke van de twee overheden zijn bevoegdheid heeft overschreden.

C. VOORAFGAANDE FORMALITEITEN.

De formaliteiten welke niet waren vervuld toen het ontwerp een eerste maal aan het advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State werd onderworpen (zie advies nr. 24.588/1 van 19 oktober 1995), werden ditmaal wel nagekomen.

D. ALGEMENE OPMERKINGEN.

1.1. Het voorliggend ontwerp werd grotendeels overgeschreven van vroegere besluiten, met name, het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, het koninklijk besluit van 14 november 1979 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van concessie van bouwwerken en het koninklijk besluit van 18 mei 1981 betreffende de algemene voorwaarden van gunning van overheidsopdrachten bij wege van een promotie-

.../...

overeenkomst van werken en leveringen. De bijlage is dan weer de enigszins herschikte transcriptie van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten.

1.2. Waar nodig verduidelijkt het verslag aan de Koning bij het ontwerp in welke mate wordt aangesloten bij of afgeweken van de overeenkomstige bepalingen in de bestaande reglementering, zonder dat voor het overige nog toelichting wordt verstrekt met betrekking tot bepalingen welke ongewijzigd worden overgenomen in de ontworpen regeling. Het is zeer de vraag of dergelijke handelwijze wel van aard is om het groot praktisch nut op te leveren dat een verslag aan de Koning, met betrekking tot een technisch ingewikkelde materie als die inzake de overheidsopdrachten, kan hebben. Het verdient immers aanbeveling om in het verslag aan de Koning een coherente toelichting op te nemen welke op alle onderdelen van de regeling betrekking heeft en niet enkel op die onderdelen welke, in vergelijking met het verleden, als nieuw zijn te beschouwen. Dit geldt des te meer indien de reglementering waarvan de overgenomen bepalingen deel uitmaakten wordt opgeheven en het verslag aan de Koning bij de nieuw uitgewerkte regeling derhalve moet worden gelezen in samenhang met de verduidelijkingen welke inzake de reeds bestaande bepalingen werden gegeven in het verslag aan de Koning dat destijds bij de op te heffen reglementering was gevoegd (zie bijvoorbeeld het koninklijk besluit van 13 december 1977).

.../...

1.3. Hierbij aansluitend moet worden betreurd dat het verslag aan de Koning niet de minste commentaar wijdt aan de tekst van de bijlage. Gezien het ruimere toepassingsgebied van deze algemene aannemingsvoorwaarden lijkt het nuttig om hierin alsnog te voorzien.

2. Het overschrijven en de hierbij aangebrachte verbeteringen werden weinig zorgvuldig verricht. Fouten in de vorige teksten werden mee overgeschreven, de concordantie van de Nederlandse tekst - welke vaak een slechte vertaling is - met de Franse, laat nog altijd te wensen over, begrippen worden niet consequent gebruikt en waar in de vroegere teksten definities voorkwamen, zijn deze niet mee overgenomen. Zo wordt bijvoorbeeld in de Franse tekst van de bijlage een onderscheid gemaakt tussen de algemene term "adjudicataire" (diegene aan wie een opdracht voor werken, leveringen of diensten werd toegewezen) en de specifieke term "entrepreneur" (diegene aan wie een opdracht voor aanneming van werken werd toegewezen). In de Nederlandse tekst wordt evenwel in beide gevallen de term "aannemer" gebruikt. Bij de artikelsgewijze bespreking hierna worden daarvan nog een aantal voorbeelden gegeven, zonder dat het de bedoeling is deze exhaustief op te sommen.

Wat zeker moet worden vermeden is dat, in bijvoorbeeld de Franse tekst, wordt aangesloten bij de redactie van een bestaande bepaling, terwijl in de Nederlandse tekst voor een vrije, van de oorspronkelijke bepaling afwijkende redactie wordt geopteerd. Een dergelijke redactionele aanpassing doet vragen rijzen omtrent de bedoeling van de

.../...

stellers van de ontworpen regeling, aangezien vooral in de Nederlandse tekst de indruk wordt gewekt dat ter zake naar een inhoudelijke wijziging is gestreefd. Indien dit niet de bedoeling is, wordt de redactie, ter wille van de rechtszekerheid, in zowel de Nederlandse als de Franse tekst beter zoveel mogelijk in overeenstemming gebracht met die van het koninklijk besluit van 22 april 1977.

3. In het ontwerp wordt veelvuldig gebruik gemaakt van vage begrippen welke, ook al zijn ze soms afkomstig uit andere teksten, bijvoorbeeld EG-richtlijnen, in het ontwerp niet nader worden omschreven. Zie, onder meer, de term "zeer belangrijke voorafgaande investeringen" in artikel 5, § 1, eerste lid, 1^o van de algemene uitvoeringsregels. Met het oog op de rechtszekerheid lijkt het nochtans aangewezen aan die begrippen in het interne recht een meer concrete invulling te geven, hetzij in de tekst van het ontwerp, hetzij in het bijhorend verslag aan de Koning. Op die wijze kan worden voorkomen dat het bestuur, dan wel de aanbestedende diensten over een te ruime beoordelingsvrijheid beschikken en dat op die manier een bijkomende bron van betwistingen wordt geschapen.

De aandacht kan trouwens, in het algemeen, erop worden gevestigd dat bij overheidsopdrachten de gebruikte terminologie van groot belang is en dat bij de omschrijving van begrippen dan ook, met het oog op de rechtszekerheid, eenvormigheid moet worden betracht. Er zal daarbij een juist evenwicht moeten worden betracht tussen eenvormigheid

.../...

van terminologie en deugdelijk taalgebruik, speciaal wat de Nederlandse tekst betreft.

4. Storend is eveneens dat, terwijl elk artikel van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 voorzien was van een opschrift, dat in het kort de inhoud van dat artikel aangaf, deze opschriften in de bijlage van het voorliggend ontwerp nu eens worden behouden - en wel als opschriften van paragrafen - dan weer worden weggelaten of ook nog worden opgenomen als opschriften van de onderdelen.

Bij de overname van de bepalingen betreffende de concessie- en promotieovereenkomsten heeft men ook niet steeds consequent de werkwijze gevolgd om in de vroeger reeds voor advies voorgelegde besluiten de gunningsregels op te nemen en in het voorliggend ontwerp de algemene uitvoeringsregels.

5. Doordat de algemene aannemingsvoorwaarden thans zijn opgenomen in een bijlage bij het ontwerp, in plaats van in een apart ministerieel besluit, kan men zich verwachten aan problemen bij het verwijzen, gezien de grotendeels gelijklopende nummering (1), te meer daar het ontwerp in zijn opschrift het begrip "algemene uitvoeringsregels"

(1) Meer bepaald, zal men bij verwijzingen steeds moeten preciseren of het om de tekst van het koninklijk besluit gaat dan wel die van de bijlage. Te vrezen valt dat vaak zal worden verwezen naar het koninklijk besluit zelf terwijl de bijlage wordt bedoeld.

hanteert, terwijl in de bijlage sprake is van "algemene aannemingsvoorwaarden". Bovendien wordt in de tekst van het ontwerp-besluit nu eens verwezen naar de bijlage, dan weer naar de algemene aannemingsvoorwaarden (zie bijvoorbeeld de artikelen 4 en 6).

6.1. Luidens het opschrift van het ontwerp stelt dit de "algemene uitvoeringsregels" vast. Dat begrip is geput uit artikel 1, § 1, tweede lid, van de wet van 24 december 1993, luidens hetwelk de koning de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten vastlegt.

Onder de gelding van de vroegere regeling werd met "algemene aannemingsvoorwaarden" bedoeld, de algemene contractuele bepalingen van de overheidsopdrachten : zie artikel 3, § 1, eerste lid van het koninklijk besluit van 22 april 1977. Het ging dus om regels betreffende de uitvoering van de opdracht nadat deze was gegund. Die precisering is in het voorliggende ontwerp echter weggeval-
len.

Het lijkt er op dat met de "algemene uitvoeringsregels" dan bedoeld wordt, regels met betrekking tot een aantal gegevens op basis waarvan de gunning wordt gedaan, zoals bestek, prijzen e.d. Het onderscheid tussen gunningsregels en uitvoeringsregels valt echter niet altijd duide-

.../...

lijk af te lijnen (1) en het is dus ook niet steeds duidelijk of de algemene aannemingsvoorwaarden beschouwd moeten worden als een onderdeel van de algemene uitvoeringsregels, wat het ontwerp lijkt te impliceren (zie bijv. artikel 2).

6.2. De vraag rijst ook of het de bedoeling is aan de algemene aannemingsvoorwaarden voortaan een reglementair karakter toe te kennen. De omstandigheid dat die voorwaarden in de toekomst niet meer het voorwerp zullen uitmaken van een apart ministerieel besluit, doch als bijlage aan het koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels gehecht zullen worden, zou in die richting kunnen wijzen.

Volgens M. A. Flamme (2) is het onderscheid tussen de twee soorten bepalingen - te weten, reglementaire en contractuele - juridisch belangrijk, omdat a) het schenden van wets- en verordeningsbepalingen valt onder de bevoegdheid van de Raad van State en eenieder die een belang heeft er zich kan op beroepen, b) de overtreding van de contractuele bepalingen valt onder de bevoegdheid van de gewone rechtbanken, waar alleen de partijen er zich kunnen op beroepen en c) het bestuur slechts mag afwijken van de

(1) Zo bijvoorbeeld speelt ingeval van gunning bij openbare aanbesteding van een overheidsopdracht de prijs een determinerende rol, wat niet uitsluit dat het betalen van de prijs eveneens een hoofdbestanddeel uitmaakt van de uitvoering van de overeenkomst.

(2) Praktische kommentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten, vijfde uitgave (1986), nr. 91, p. 328.

(contractuele) algemene aannemingsvoorwaarden wanneer dit voor een bepaalde overeenkomst gerechtvaardigd is, terwijl het nooit mag afwijken van het (reglementaire) koninklijk besluit.

Nu is het weliswaar zo dat, in principe, alle geschillen gerezen na de toewijzing van een overheidsopdracht geschillen zijn omtrent de uitvoering van een overeenkomst, welke dus door de gewone rechter worden beslecht, ongeacht de vraag of daarbij de schending van een wets- of verordeningsbepaling dan wel van een contractueel beding wordt aangevoerd. Voorts zijn de gevallen waarin het een openbaar bestuur vrijstaat al dan niet de "algemene aannemingsvoorwaarden" op de verleende opdracht van toepassing te verklaren, ingevolge de nationale en de Europese wetgeving uiterst schaars, zoniet onbestaande geworden (1). Het is wellicht in het licht van die vaststellingen dat thans wordt geopteerd voor een zuiver reglementair karakter van de algemene aannemingsvoorwaarden. Indien dat zo is, ware het toch aangewezen daarover in de het verslag aan de Koning enige toelichting te geven.

(1) M.A. Flamme, op. cit., nrs. 101 tot 104, pp. 331-333, wijst er trouwens op dat aan de algemene aannemingsvoorwaarden van 1977 een alsmaar sterker bindend, zelfs verordenend karakter werd gegeven.

7. Het voornemen om in het voorliggend ontwerp enkel regels betreffende de uitvoering van de overheidsopdrachten op te nemen werd niet consequent gevolgd. Met name in de titels II en III, die betrekking hebben op de overheidsopdrachten voor aanneming van werken en van leveringen bij wege van een promotieovereenkomst, respectievelijk de concessies voor openbare werken, komt een relatief groot aantal bepalingen voor welke betrekking hebben op verrichtingen die het verlenen van de opdracht voorafgaan.

E. ONDERZOEK VAN DE TEKST.

Opschrift.

Het verdient aanbeveling het opschrift aan te vullen met een verwijzing naar de "algemene aannemingsvoorwaarden".

Immers, ook al zouden de "algemene aannemingsvoorwaarden" kunnen worden beschouwd als een onderdeel van de uitvoeringsregels (zie artikel 2, 1^o, van het ontwerp en hiervoren, D, algemene opmerkingen, sub 5), vormen ze niettemin een dermate belangrijk onderdeel van het ontwerp en is het begrip zodanig ingeburgerd als een aparte regeling, dat het aangewezen lijkt ze uitdrukkelijk te vermelden.

Luidens het opschrift van de bijlage hebben de algemene aannemingsvoorwaarden, in tegenstelling tot het eigenlijke ontwerp-besluit, geen betrekking op de concessies voor openbare werken.

.../...

Dienvolgens wordt voor het opschrift de volgende redactie ter overweging gegeven :

"Koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels voor sommige overheidsopdrachten en concessies van openbare werken en tot vaststelling van de algemene aannemingsvoorwaarden voor sommige overheidsopdrachten".

Aanhef.

1.1. De Nederlandse tekst van het eerste lid moet worden aangevuld met een verwijzing naar "artikel 1, § 1, tweede lid". In de Franse tekst dient te worden verwezen naar "l'article 1er, § 1er, alinéa 2".

1.2. Het ontwerp, exclusief de bijlage, bevat ook bepalingen aangaande de concessies voor openbare werken (titel III). Aangezien artikel 1, § 1, van de wet enkel handelt over overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, volstaat het tweede lid van die bepaling niet als rechtsgrond voor een regeling bij koninklijk besluit met betrekking tot concessies van openbare werken en is het geraten tevens te verwijzen naar artikel 24, eerste lid, van de wet, luidens hetwelk een concessie voor openbare werken mag worden toegekend onder de voorwaarden bepaald door de Koning. Het eerste lid van de aanhef dient bijgevolg met zulk een verwijzing te worden aangevuld. Derhalve schrijve men : "... , inzonderheid op de artikelen 1, § 1, tweede lid, en 24, eerste lid;".

.../...

2. De aanhefverwijzingen naar de koninklijke besluiten van 8 en 10 januari 1996, welke noch een rechtsgrond vormen voor het voorliggend ontwerp, noch er door worden gewijzigd, zijn overbodig en dienen te worden weggelaten.

3. De verwijzing naar het advies van de Commissie voor de overheidsopdrachten dient te worden vervolledigd met de datum waarop dit advies werd gegeven, te weten 2 april 1996.

4. In de zesde aanhefverwijzing wordt het akkoord van de Ministerraad - dat werd gegeven op 5 april 1996 - vermeld. De voordrachtformule van de aanhef van het ontwerp vermeldt echter eveneens dat het wordt genomen "op het advies van Onze in raad vergaderde ministers".

Wellicht wordt met de eerstgenoemde verwijzing naar het akkoord van de Ministerraad bedoeld dat voldaan is aan een formaliteit voorgeschreven door het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole (1). Artikel 68 van de wet van 24 december 1993 bepaalt echter dat de koninklijke besluiten welke ter uitvoering of met toepassing van die wet worden vastgesteld, in Ministerraad worden overlegd. Derhalve kan worden volstaan met de vermelding in de voordrachtformule van het advies van de in raad vergaderde ministers en dient de aanhefverwijzing naar het akkoord van de Ministerraad te worden geschrapt.

(1) Men zou eventueel kunnen denken aan artikel 8, blijkens hetwelk, indien het akkoord van de Minister van Begroting niet werd verkregen, de betrokken ontwerpen aan de Ministerraad kunnen worden voorgelegd.

Bepalend gedeelte.

Titel I.

Artikel 1.

Teneinde te vermijden dat in het vervolg van de tekst de koninklijk besluiten van 8 en 10 januari 1996 telkens met hun volledig opschrift zouden moeten worden aangehaald, kan worden overwogen in artikel 1 aan hun vermelding toe te voegen : "hierna koninklijk besluit van 8 (of 10) januari 1996 te noemen".

Artikel 2.

Het woord "bepaald" in de Nederlandse tekst van de inleidende zin is een gebrekkige vertaling van het woord "précisées" in de Franse tekst. Men schrijve : "nader bepaald".

Artikel 3.

1. Men precisere telkens in het tweede lid van de paragrafen 1 en 2 : "artikelen 5, ... van de algemene aanne-mingsvoorwaarden", teneinde duidelijk te maken dat het niet gaat om de algemene uitvoeringsregels.

.../...

2. De regeling met betrekking tot de afwijking van de algemene aannemingsvoorwaarden in typebestekken, voor bepaalde soorten overheidsopdrachten, waarvan sprake in het verslag aan de Koning, is niet terug te vinden in artikel 3 van de tekst van het ontwerp. Het verdient de voorkeur ze in de tekst zelf op te nemen.

Artikel 4.

In paragraaf 1 wordt de Franse term "montant" op gebrekkige wijze vertaald door "waarde". Beter ware : "bedrag". Zie wat dat betreft D, algemene opmerkingen, nr. 2.

Artikel 5.

1. Met betrekking tot paragraaf 1, eerste lid, 1^o, zou dienen te worden gepreciseerd wat "zeer belangrijke" voorafgaande investeringen zijn (1). Men drukke ze bijvoorbeeld uit als percentage van de prijs van de opdracht.

2. In paragraaf 1, tweede lid, is niet duidelijk wat in de gestelde context dient te worden verstaan onder "waarborg" die de aannemer dient te verstrekken. Juridisch nauwkeuriger is de algemene term "zekerheid stellen"

(1) Zie D, algemene opmerkingen, nr. 3.

(Frans : sûreté), want dat is het waarschijnlijk wat wordt bedoeld (1).

Artikel 6.

1. In paragraaf 1, eerste lid, kan het zinsdeel "met de aanbestedende overheid" zonder bezwaar worden weggelaten.

2. Het woord "bijlage" vervange men door "algemene aannemingsvoorwaarden". Deze opmerking geldt ook voor artikel 15, § 2. Zie eveneens D, algemene opmerkingen, nr. 5.

3. In de Nederlandse tekst van paragraaf 1, tweede lid, 2º, schrijve men : "... indien die materialen hetzij rechtstreeks, hetzij via een algemene representatieve index van de materiaalprijzen, opgenomen zijn in de herzieningsformule van de opdracht".

4. In paragraaf 2 schrijve men : "... de overlegging vorderen van verklaringen, waarbij de onderaannemers bevestigen ...".

(1) Zie verder, bij artikel 22, ook de opmerkingen bij het gebruik van de term "borgtocht".

5. Ten aanzien van paragraaf 3 meent de Raad van State, afdeling wetgeving dat deze bepaling, waardoor wordt afgeweken van artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek, geen rechtsgrond vindt in de wet van 24 december 1993, inzonderheid niet in artikel 23. Paragraaf 1 van dat artikel bepaalt immers dat de schuldvorderingen van de aannemers tot aan de voorlopige oplevering niet het voorwerp mogen zijn van beslag, overdracht of inpandgeving. Paragraaf 2, tweede gedachtenstreepje, van dat artikel laat beslag of verzet overigens maar toe door de onderaannemers en leveranciers, ten belope van de bedragen verschuldigd voor de met het oog op de uitvoering van de opdracht verrichte werken, leveringen of diensten.

Artikelen 7 en 8.

1. Deze artikelen stemmen grotendeels overeen met respectievelijk, de artikelen 8 en 54 van het koninklijk besluit van 22 april 1977. Artikel 8 maakte daar deel uit van hoofdstuk I "Algemene bepalingen", afdeling 2 "Prijzen en prijzencontrole", artikel 54 van hoofdstuk VIII "Verscheidene bepalingen". Doordat zij nu samengebracht worden in één hoofdstuk "Wijziging van de opdracht", dat behoort tot een ontwerp van uitvoeringsbesluit - of op zijn minst van een onderdeel ervan - hetwelk betrekking heeft op de uitvoering van de opdracht, rijst echter de vraag hoe zij zich onderling verhouden.

.../...

Men kan dan immers vermoeden dat artikel 7 van het ontwerp, net zoals dat het geval is met artikel 8, uitsluitend betrekking heeft op de eenzijdige wijziging van de opdracht nadat deze is gegund, wat niet noodzakelijk het geval was voor artikel 8 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 (1). Hierbij rijst dan de vraag in welke mate "het voorwerp" van de opdracht "onveranderd" kan blijven in geval van "haar essentiële bepalingen en voorwaarden" wordt afgeweken en vice versa (2).

Het ware derhalve aangewezen de beide artikelen in dat licht te herformuleren en nader te verduidelijken, dat laatste op zijn minst in het verslag aan de Koning.

2. Het woord "compensatie" in fine van artikel 7 worde, hoe dan ook, beter vervangen door "schadeloosstelling" (indemnité).

(1) Het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 14 oktober 1964 ging ervan uit dat de uitvoering reeds was aangevangen en de afdeling wetgeving van de Raad van State had in haar advies bij dat besluit voorgesteld de bepaling in de algemene aannemingsvoorwaarden op te nemen.

(2) Volgens M.A. Flamme, op. cit., nr. 261.1, p. 599, doelde artikel 54 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 - artikel 8 van het ontwerp - op herziening van gegevens zoals prijs, uitvoeringstermijn, en zulks ten behoeve van de aannemer. Volgens deze auteur is voor de toepassing van die bepaling niet vereist dat de voorwaarden gesteld in artikel 16 van de algemene aannemingsvoorwaarden zijn vervuld.

Artikel 9.

Luidens de toelichting welke door de gemachtigde van de regering bij dit artikel is verstrekt ligt de bedoeling eraan ten grondslag te vermijden dat, wanneer enkele of alle percelen van een in percelen verdeelde opdracht aan dezelfde aannemer worden gegund, de uitvoeringstermijnen bij elkaar gevoegd zouden moeten worden zonder dat de opdracht dit verantwoordt. Om zulks duidelijker tot uitdrukking te brengen kan het artikel als volgt worden geformuleerd : "Indien de opdracht meerdere percelen bevat, wordt met het oog op de uitvoering elk perceel als een afzonderlijke opdracht beschouwd, tenzij het bestek anders bepaalt".

Artikel 10.

1. Deze bepaling stemt overeen met artikel 23 van de vroegere algemene aannemingsvoorwaarden (ministerieel besluit van 10 augustus 1977). Het is niet duidelijk waarom ze thans deel uitmaakt van de algemene uitvoeringsregels.

2. Men schrijve in de Nederlandse tekst "bemiddeling" in plaats van "tussenkoms".

.../...

Titel II.

Voorafgaande opmerkingen.

1. Deze titel heeft, blijkens zijn opschrift, betrekking op de "overheidsopdrachten voor aanneming van werken en van leveringen bij wege van een promotieovereenkomst". Die terminologie wordt echter niet consequent gebruikt in de artikelen welke van de titel deel uitmaken. Behalve de in het opschrift gebruikte terminologie komen ook voor : "opdrachten bij wege van een promotieovereenkomst" (opschrift van afdeling 1), "promotieovereenkomst" (artikel 11), "promotieopdrachten voor aanneming van werken" (artikel 12, eerste lid).

De correcte term, voorkomend in artikel 9 van de wet van 24 december 1993 is "overheidsopdracht (voor aanneming van werken/leveringen) bij wege van een promotieovereenkomst". Indien men een verkorte term wenst te gebruiken, dient deze uitdrukkelijk te worden gedefinieerd en moet hij ook consequent worden gebruikt.

2. De titel bevat een groot aantal bepalingen welke betrekking hebben op handelingen die het toekennen van de opdracht voorafgaan, zo bijvoorbeeld artikel 13 (1).

(1) Zie hierover supra, D, algemene opmerkingen, nr. 7.

Artikel 11.

1. Een aantal vermeldingen welke wel voorkwamen in artikel 5 van het koninklijk besluit van 18 mei 1981 zijn weggevallen, in tegenstelling tot wat het geval is in artikel 28 met betrekking tot de concessieovereenkomsten. Opvallend is daarbij dat geen algemene bepaling betreffende de vermeldingen van het bestek voorhanden is.

2. In de inleidende zin van het eerste lid vulle men "promotieovereenkomst" aan, overeenkomstig de eerste voorafgaande opmerking bij titel II.

3. De wettelijke rentevoet, aangeduid als i in de prijssherzieningsformule, dient nader te worden gedefinieerd als "de wettelijke rentevoet, zoals bepaald bij de wet van 30 juni 1970 tot wijziging van de wettelijke rentevoet".

Artikel 13.

1. Zie de tweede voorafgaande opmerking bij titel II, inzonderheid met betrekking tot paragraaf 2 van dit artikel.

.../...

2. In dezelfde paragraaf 2, eerste lid, vervange men "promotor" door "inschrijver", precies omdat de fase voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst geïndiceerd wordt.

3. Nog in paragraaf 2, eerste lid, ware het beter te schrijven "de rechten die de aanbestedende overheid ..." in plaats van "de zakelijke rechten ...". Immers, aan een zakelijk recht als zodanig zijn een vast aantal modaliteiten verbonden. Wil men de mogelijkheid openhouden om het zakelijk recht niet volledig toe te kennen, dan schrijve men beter alleen "rechten". Dezelfde opmerking geldt voor de woorden "zakelijke rechten" in de laatste volzin van het lid.

4. De verwijzing naar artikel 17 is onjuist, althans indien men de regeling van artikel 7 van het koninklijk besluit van 18 mei 1981 wenst te hernemen. Zij dient te worden vervangen door een verwijzing naar artikel 21.

5. Voor zover het tweede lid van paragraaf 2 niet met paragraaf 3, dat er beter bij aansluit, samengevoegd wordt tot één paragraaf, dient in laatstgenoemde paragraaf te worden gepreciseerd dat het om een "authentieke akte" gaat.

.../...

Artikel 15.

1. Dit artikel herhaalt artikel 21 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 alsook artikel 18 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 met dien verstande dat louter de termijnen eraan worden toegevoegd. Het ware beter die termijnen in te schrijven in de laatstgenoemde bepalingen. Zie ook D, algemene opmerkingen, nr. 7, hiervoren.

2. De Raad van State, afdeling wetgeving, ziet niet in waarom het tweede lid van het 4º van paragraaf 1, waarin is bepaald dat de akte houdende vaststelling van de eigendomsoverdracht binnen vier maanden moet worden verleden, enkel betrekking zou moeten hebben op het geval bedoeld in dat 4º. Het desbetreffende lid zou beter apart achteraan paragraaf 1 worden geplaatst, en aangevuld worden met de vermelding dat het van toepassing is op de overdracht van de zakelijke rechten bedoeld in 3º tot 5º.

Artikel 16.

De bepaling van het tweede lid kan vanzelfsprekend geen afbreuk doen aan door of krachtens de wet gevestigde zekerheden (wettelijke hypotheek bijvoorbeeld). Het maakt louter een verplichting uit voor degene die de eigendom overdraagt.

.../...

Artikel 17.

In het eerste lid vervange men de Nederlandse term "verbreken" door "ontbinden", die de correcte weergave uitmaakt van het Franse "résilier".

Artikel 19.

1. Voor paragraaf 1 geldt dezelfde opmerking als die welke is gemaakt ten aanzien van artikel 15, sub 1, met dien verstande dat moet worden verwezen naar de artikelen 48, respectievelijk 40 van de daar aangehaalde koninklijke besluiten.

2. De precisering "op termijn" in het 2º van dezelfde paragraaf is overbodig en dient te worden weggelaten.

Artikel 20.

1. De Franse tekst is duidelijker dan de Nederlandse. Het is aangewezen die laatste aan te passen aan de eerste.

2. Ook hier stemt "résilier" in de Franse tekst van het eerste lid met het Nederlandse "ontbinden", en niet met "verbreken" overeen.

Artikel 21.

1. De vermelding van de data van de geïmplementeerde koninklijke besluiten zou moeten worden aangevuld met hun opschrift, tenzij indien wordt ingegaan op de suggestie gedaan bij artikel 1 van het ontwerp.

2. Men schrijve in de Nederlandse tekst van het 2° "vereffenen" in plaats van "kwijten".

Artikel 22.

1. Luidens het 1° van dit artikel is de promotor gehouden "een borgtocht te stellen overeenkomstig de bepalingen van artikel 5 van de bijlage".

Ofschoon de term "borgtocht" in de wetgeving op de overheidsopdrachten courant wordt gebruikt, en dit blijkbaar in de algemene betekenis van "zekerheid", dient erop te worden gewezen dat de borgtocht, volgens artikel 2011 van het Burgerlijk Wetboek, een overeenkomst is waarbij een derde zich ten behoeve van de schuldeiser - persoonlijk - 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 gesloten. Men vervange dan ook het woord "borgtocht" door de meer algemene term "zekerheid". Indien echter een meer specifieke vorm van zekerheid zou zijn bedoeld, vermeldde men deze met zijn

.../...

juridisch correcte benaming. Deze opmerking geldt ook voor artikel 5 van de algemene aannemingsvoorwaarden (1).

2. Eveneens in het 1^o dient te worden gepreciseerd of de "kostprijs" waarvan sprake inclusief dan wel exclusief BTW moet worden berekend.

3. Met het oog op de duidelijkheid ware het beter in het 2^o te schrijven : "... volledig op zich te nemen; indien toepassing wordt gemaakt van artikel 23, § 1, 3^o, van dit besluit, geldt die aansprakelijkheid tevens voor de gedeelten van het werk ...".

Artikel 23.

In paragraaf 1, 3^o, dient te worden verwezen naar artikel 14 in plaats van naar artikel 15.

Artikel 24.

1. In paragraaf 1, 1^o, schrijve men "betaling" in plaats van "kwijting".

(1) De afdeling wetgeving van de Raad van State maakte reeds een gelijkaardige opmerking bij artikel 9 van het koninklijk besluit van 18 mei 1981.

2. In paragraaf 4, eerste lid, schrijve men :
"... vanaf de datum van het proces-verbaal bedoeld in § 2 van dit artikel".

Artikel 26.

Dit artikel moet volgens het verslag aan de Koning worden verstaan in de zin dat de voorlopige en de definitieve oplevering door de promotor van het werk of de leveringen waarop de promotieovereenkomst slaat, los staan van de opleveringen die de aanbestedende overheid samen met de promotor verricht. Indien dit de precieze bedoeling is van het artikel, moet zulks duidelijker in de tekst ervan tot uiting komen.

Artikel 27.

In paragraaf 2 vervange men "borgtocht" door "zekerheid". Zie in dat verband de eerste opmerking bij artikel 22.

Titel III.

Voorafgaande opmerkingen.

1. Zoals bij titel II van het ontwerp dient ook hier te worden opgemerkt dat de titel een groot aantal bepalingen bevat welke betrekking hebben op handelingen die het toekennen van de opdracht voorafgaan.

.../...

2. Evenzo dient te worden opgemerkt dat de terminologie niet consequent wordt gehanteerd.

Artikel 28.

In het 11^o schrijve men : ... overeenkomstig artikel 3, § 1, tweede lid, van dit besluit".

Artikel 30.

Men vervange nogmaals "borgtocht" door "zekerheid".

Artikel 31.

1. In de Nederlandse tekst van paragraaf 2 schrijve men, teneinde beter aan te sluiten bij de Franse tekst : "... waarvan de aanbestedende overheid de afbraak niet zou hebben geëist".

2. Het tweede en het derde lid van dezelfde paragraaf moeten uiteraard zo worden gelezen dat wettelijke hypotheek en openbare erfdienstbaarheden, dit wil zeggen die welke zouden ontstaan buiten de wil om van de concessiehouder, niet uitgesloten zijn.

.../...

Artikel 33.

Teneinde beter aan te sluiten bij de terminologie van de wet van 24 december 1993 schrijve men : "Binnen dertig dagen volgend op de kennisgeving van het toekennen van de concessie ...".

Artikel 34.

Men schrijve in het eerste lid "toekenning" (Fr. "octroi") in plaats van "gunning" (Fr. "attribution").

Artikel 38.

In paragraaf 2, tweede lid, laatste volzin, zou beter rechtstreeks worden gerefereerd aan de wet van 17 juli 1975 op de boekhouding en de jaarrekening van de ondernemingen.

Artikel 39.

De Nederlandse tekst van het derde lid, eerste volzin, stemt niet overeen met de Franse, welke blijkbaar de juiste is. Men vervange dan ook "aanbestedende overheid" door "concessiehouder".

.../...

Artikel 40.

1. Dit artikel is erg lang, wat de leesbaarheid en eventuele latere wijzigingen zal bemoeilijken. Het zou daarom beter in meerdere artikelen worden gesplitst.

2. In paragraaf 1, tweede lid, moet worden verwezen naar "artikel 31, §§ 2 en 3" in de plaats van naar "artikel 31, § 1 en 3".

Artikel 41.

Uit deze bepaling blijkt dat de koninklijke besluiten welke het voorliggend ontwerp beoogt te vervangen nog geruime tijd toegepast zullen moeten worden op overheidsopdrachten aangekondigd of toegekend vóór de in het artikel in te vullen datum. Het is dan ook aangewezen, zoals dat ook het geval is in artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 26 juli 1994 betreffende de mededinging in het raam van de Europese Gemeenschap van sommige opdrachten voor aanneming van werken en leveringen in de sectoren water, energie, vervoer en telecommunicatie, het artikel aan te vullen met een tweede lid, luidende dat de opdrachten die aangekondigd zijn of waarover is beslist vóór een bepaalde datum, onderworpen blijven aan de wets- en verordeningsbepalingen zoals ze ten tijde van de aankondiging of de beslissing gelding hadden.

.../...

Bijlage.Artikel 4.

Het is niet duidelijk waarom in paragraaf 3, derde lid, de verplichting voor de aannemer om klachten en verzoeken overeenkomstig de procedure bepaald in artikel 16, § 4, in te dienen, geschrapt werd.

Artikel 5.

1. In tegenstelling tot wat het geval lijkt te zijn in de bepalingen van het ontwerp-koninklijk besluit zelf - de algemene uitvoeringsregels - wordt in dit artikel van de algemene aannemingsvoorwaarden blijkbaar wel bedoeld op een meer specifiek soort zekerheid, die hoe dan ook geen borgtocht is in de betekenis welke het Burgerlijk Wetboek daaraan hecht (1).

2. In paragraaf 4 worden de Franse termen "reconstitué" en "reconstitution" nu eens vertaald door "aanvullen", dan weer door "integraal te stellen".

(1) Zie ook de opmerkingen bij de artikelen 5 en 22 van de algemene uitvoeringsregels.

Artikel 10.

In paragraaf 2 zou de term "uitgesloten aannemer" nader moeten worden omschreven, eventueel als volgt : "de aannemer, die met toepassing van artikel 19, § 3, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, van overheidsopdrachten uitgesloten werd".

Uit voormelde wet blijkt ook dat deze alleen van toepassing is op de aannemers van werken en dat leveranciers en dienstverleners op basis van deze wet niet van overheidsopdrachten kunnen worden uitgesloten, hetgeen door de gemachtigde van de regering werd bevestigd. De woorden "leverancier of dienstverlener" moeten dan ook worden weggelaten.

Artikel 12.

In paragraaf 6, 2°, wordt de Franse term "échantillon" in het Nederlands weergegeven als "proefstuk", daar waar dit onder meer in artikel 4, § 5, door "monster" of "staal" wordt vertaald.

Artikel 13.

1. In het begin van paragraaf 1 schrijve men beter, zoals voorheen in het ministerieel besluit van 10 augustus

.../...

1977 : "Voor de opdrachten van werken voorziet de overeenkomst in de nadere regels ..." en in het begin van paragraaf 2 : "Voor de opdrachten van leveringen en diensten kan de overeenkomst ...".

2. In paragraaf 5 schrijve men beter : "Voor de toepassing van artikel 6 van dit besluit moeten de onderaannemingscontracten aan één van de volgende voorwaarden beantwoorden : ...".

Artikel 14.

1. Paragraaf 1 groepeerde de vroegere paragrafen 1, 2 en 3 van artikel 14 van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977. Er is echter geen reden om de betrokken paragraaf 1 in te delen in 1°, 2° en 3°. Ook in de paragrafen 2 en 6 van de voorliggende tekst is dergelijke indeling zinloos. Het spreekt vanzelf dat, indien deze indelingen weggelaten worden, de eventuele interne verwijzingen dan moeten worden aangepast.

2. De paragrafen 2 en volgende, die nieuw zijn ten opzichte van de vroegere tekst, doen de indruk ontstaan dat de overheid op het stuk van de intellectuele eigendom in een ondergeschikte positie staat, ook wanneer zij onderzoek en ontwikkeling financiert. Minstens zouden echter een aantal hypotheses moeten worden onderscheiden die, eventueel

.../...

genuanceerd volgens de aard van het intellectuele recht, een gedifferentieerde toepassing mogelijk maken :

- a) indien bij de uitvoering van de opdracht gebruik wordt gemaakt van bestaande intellectuele rechten, is het evident dat de aanbestedende overheid hierop geen enkel recht kan doen gelden en in voorkomend geval enkel een gebruikslicentie kan verkrijgen;
- b) indien bij de uitvoering van de opdracht bepaalde produkten dienen te worden ontwikkeld om de opdracht uit te kunnen voeren, kan bijkomend onderscheiden worden of de overheid deze ontwikkeling financiert; is dit niet het geval, dan is er evenmin sprake van enig intellectueel recht in hoofde van de overheid; is dit wel het geval, dan zou op zijn minst moeten worden voorzien in een vergoeding voor de overheid, zeker wanneer de aannemer dit ontwikkelde produkt nog bij de uitvoering van andere projecten kan aanwenden;
- c) indien het voorwerp van de opdracht precies de ontwikkeling van een produkt betreft en dit dus tot gevolg heeft dat de volledige ontwikkeling door de overheid gefinancierd wordt, dan zou de overheid hierop een intellectueel recht moeten kunnen doen gelden; het ontwerp wekt, op zijn minst, de indruk dat dit niet het geval is.

.../...

3. In paragraaf 3, tweede lid, schrijve men : "... het gebruik van het werk, de levering of de dienst, of die nu aanleiding ...".

Artikel 16.

1. Aangaande de indeling in 1^o, 2^o, ... in paragraaf 2 geldt dezelfde opmerking als die welke is gemaakt bij artikel 14.

2. In het derde lid van paragraaf 3 schrijve men : "In dit geval is de aannemer enkel verplicht de aanbestedende overheid in te lichten zodra hij ...".

3. Men schrijve in paragraaf 6 : "Voor de toepassing van dit artikel moet onder herziening van de opdracht worden verstaan de aanpassing van ...".

Artikel 17.

In het opschrift en in het artikel vervange men "teruggave" door "kwijtschelding".

Artikel 20.

1. Voor paragraaf 8 geldt dezelfde opmerking als die bij artikel 10. Voor de uitsluiting van een leverancier of een dienstverlener, zoals dit door het voorliggend ontwerp geregeld wordt, is geen rechtsgrond voorhanden, aangezien de wet van 20 maart 1991 enkel betrekking heeft op aannemers van werken.

2. Gezien de sanctie waarin paragraaf 9 voorziet minder zwaar is dan die van de vorige paragrafen, zou deze bepaling beter na paragraaf 3 opgenomen worden.

Artikel 22.

In verband met punt 2°, b), dient nogmaals dezelfde opmerking te worden gemaakt als bij de artikelen 10 en 20, wat betreft de uitsluiting van leveranciers en dienstverleners.

Artikel 23.

In deze bepaling moet worden verwezen naar artikel 10, en niet naar artikel 9, van het besluit.

.../...

Artikel 27.

Behalve dat het om de reeds uiteengezette reden geen zin heeft om paragraaf 2 in 1º, 2º, ... in te delen, lijkt het er op dat de stellers een indeling hebben beoogd, gebaseerd eerst op het algemeen principe (1º) en vervolgens naargelang de verschillende plaatsen waar de keuring kan plaatsvinden (2º, 3º, 4º, 5º). Bij nader toezien is die indeling niet relevant, aangezien bijvoorbeeld punt 3º (proeven in de werkhuizen van de fabrikant), derde lid, het heeft over "..., waar de proeven ook mogen plaatsvinden" en het vijfde lid spreekt over het verrichten van proeven in de werkhuizen van de aannemer of op de bouwplaats.

Artikel 33.

Er kan in het eerste lid beter worden gespecificeerd dat het gaat om de bepalingen van artikel 29, § 3 (vondsten tijdens het werk).

Artikel 42.

Men schrijve in paragraaf 3, eerste lid : "Opdat een herziening van de eenheidsprijzen zou kunnen plaatsvinden, moet één der partijen ...". Ook in paragraaf 6 zou duidelijker tot uiting moeten worden gebracht dat het om een herziening van de eenheidsprijzen gaat.

.../...

Artikelen 46 en 47.

Deze bepalingen voegen niets toe aan de voor de opdrachten van werken, leveringen en diensten gemeenschappelijke principes vervat in artikel 20, §§ 1 en 2, en worden alleen verantwoord door het behoud van de nummering van de artikelen zoals in het ministerieel besluit van 10 augustus 1977.

Artikel 48.

In paragraaf 3, 3^o, vierde lid, c), schrijve men :
"de nieuwe eenheidsprijzen overeengekomen...".

Artikel 59.

Paragraaf 3 kan beter geredigeerd worden als volgt :

"Indien de aanbestedende overheid vaststelt dat de levering niet in staat is om te worden opgeleverd of dat de leverancier merkkelijk kleinere hoeveelheden aanbiedt dan in zijn aanvraag was vermeld, wordt de vraag tot oplevering van de leverancier als onbestaande beschouwd. De leverancier moet een nieuwe vraag tot oplevering indienen".

.../...

Artikel 66.

1. In paragraaf 1, 3°, schrijve men : " Wanneer is bepaald dat de levering gespreid moet worden uitgevoerd, ...".

2. In paragraaf 1, 5°, moet worden verwezen naar het 4° in plaats van naar het 3°.

Artikel 68.

Men schrijve in dit artikel : "... tenzij het bestek de dienstverlener na gunning van de opdracht verplicht ...".

Artikel 70.

Paragraaf 1 werd geïnspireerd door artikel 55, dat betrekking heeft op leveringen. In de eerste zin van paragraaf 1 schrijve men : "... de plaats waar de diensten verleend moeten worden ...".

Artikel 71.

Het is niet duidelijk of de in dit artikel bedoelde controles als een vorm van keuring beschouwd moeten worden, zoals het opschrift laat uitschijnen (1).

Artikel 73.

Artikel 10 van de wet van 24 december 1993 handelt over de onverenigbaarheid die ontstaat ingeval een ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere natuurlijke of rechtspersoon belast met een openbare dienst, persoonlijk of via een tussenpersoon, belangen heeft in één van de inschrijvende ondernemingen, waarbij hem dan verboden wordt op te treden bij de gunning van en het toezicht op de uitvoering van een overheidsopdracht. Niet alleen geldt deze bepaling reeds bij de gunning van de opdracht, maar bovendien betreft het de verantwoordelijkheid van de betrokkene en niet van de dienstverlener. Dergelijke bepaling komt trouwens niet voor bij de werken of de diensten, waar deze onverenigbaarheid eveneens kan optreden. Het is echter niet die onverenigbaarheid welke gevisieerd wordt door artikel 73, wel die waarbij een dienstverlener een tegenstrijdig belang heeft. Volgens de gemachtigde van de regering is deze bepaling bedoeld voor studiebureaus en dergelijke die voor openbare besturen een opdracht uitwerken en geacht worden nadien niet meer bij de

(1) De inspectie van Financiën (advies p. 14) heeft het in dit verband over "réception technique" (technische keuring). Zie ook artikel 12, § 1, tweede lid, 3^o van de algemene aannemingsvoorwaarden.

gunning of de uitvoering van die opdracht op te treden (1).
Het ware aangewezen de tekst in die zin te verduidelijken.

Artikel 74.

Men schrijve in paragraaf 2, laatste lid : "... is de oplevering van de in deze paragraaf beschreven diensten definitief".

Artikel 75.

1. In paragraaf 1, 3°, schrijve men : "... dat de levering gespreid moet worden uitgevoerd, ...".

2. In paragraaf 1, 5°, dient te worden verwezen naar het 4°.

(1) De gemachtigde verwijst hiervoor naar de memorie van toelichting bij artikel 10 van de wet van 24 december 1993.

A. PORTEE ET FONDEMENT LEGAL DU PROJET.

1. La loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, a pour but de mettre en place une réglementation claire et cohérente pour la passation de marchés publics et de certains autres marchés. A cet effet, elle distingue trois systèmes d'adjudication différents :

- 1° la réglementation générale en matière de marchés publics "classiques" de travaux, de fournitures et de services et de concessions de travaux publics (livre premier, titres II et III de la loi);
- 2° la réglementation générale concernant les secteurs d'utilité publique (eau et énergie, transports, télécommunications), qui porte sur les marchés publics émanant des établissements et des entreprises publics dans ces secteurs (livre premier, titre IV de la loi);
- 3° la réglementation particulière concernant ces mêmes secteurs d'utilité publique, qui porte sur certains marchés émanant d'entreprises privées bénéficiant de certains droits spéciaux ou exclusifs et d'entreprises publiques pour leurs tâches qui ne sont pas de service public (livre II de la loi).

2. Alors que sous le régime de la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, les modalités de la passation ainsi que de l'exécution des marchés publics étaient inscrites dans un

.../...

seul arrêté royal, à savoir celui du 22 avril 1977, ce n'était plus possible pour la loi du 14 décembre 1993.

En ce qui concerne la passation, les arrêtés d'exécution ont adopté la même division que ci-dessus :

- 1° l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, porte sur les marchés publics classiques;
- 2° l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications porte sur les marchés publics émanant des établissements et entreprises publics dans ces secteurs;
- 3° l'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications porte sur certains marchés émanant d'entreprises privées et publiques.

3. Il faut, en outre, mentionner l'arrêté royal du 10 janvier 1996 modifiant le titre IV du livre premier de la loi du 24 décembre 1993, qui adapte en partie le titre précité de cette loi aux dispositions modificatives de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans

.../...

les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (1).

4. L'exposé des motifs accompagnant le projet de loi d'où est issue la loi du 24 décembre 1993, annonçait un arrêté royal à venir "destiné à remplacer le cahier général des charges résultant de l'arrêté ministériel du 10 août 1977" (Doc. parl., Sénat, 1992-1993, 656/1, p. 10). Le fondement légal à cet effet est l'article 1er, § 1er, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, qui autorise le Roi à fixer "l'organisation des modes de passation visés à l'alinéa 1er, ainsi que les règles générales d'exécution des marchés publics". Ce sont ces dernières règles que le présent projet d'arrêté entend fixer. Elles concernent uniquement les marchés visés au livre premier de la loi et non pas, par conséquent, les autres marchés qui font l'objet du livre II de la loi. La méthode suivie pour ce faire est différente de celle qui fut appliquée auparavant pour exécuter la loi du 14 juillet 1976 : alors que l'on avait choisi, à l'époque, d'inscrire les principales règles d'exécution dans l'arrêté d'exécution - général - du 22 avril 1977 et les règles d'exécution particulières - ou cahier général des charges - dans un arrêté ministériel du 10 août 1977 -, on a préféré, cette fois, annexer le "cahier général des charges" à l'arrêté royal établissant les règles générales d'exécution. Les conséquences de cette manière de faire seront exposées dans la suite de l'avis.

(1) Le fondement légal à cet effet est procuré par l'article 43, § 1er, de la loi.

B. COMPETENCE.

1. L'article 6, § 1er, VI, alinéas 3 et 4, de la loi spéciale du 8 août 180 de réformes institutionnelles énonce : "En matière économique, les Régions exercent leurs compétences dans le respect des principes de la libre circulation des personnes, biens, services et capitaux et de la liberté de commerce et d'industrie, ainsi que dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire...", et : "A cette fin, l'autorité fédérale est compétente pour fixer les règles générales en matière : 1° de marchés publics; ...".

1.1. La loi spéciale ne précise pas ce qu'il faut entendre par les susdites "règles générales" en matière de marchés publics. Les travaux préparatoires relatifs à la loi spéciale du 8 août 1988 (1), qui a inséré le texte actuel de l'article 6, § 1er, VI, alinéas 3 et 4, montrent toutefois que le législateur spécial visait les matières qui, à cette époque, étaient réglées par la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, et l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi que la réglementation en matière d'agrément des entrepreneurs.

1.2. Compte tenu, d'une part, de ce que le législateur spécial a adopté comme cadre de référence l'unité économique et monétaire, et d'autre part, qu'il visait concrète-

(1) Doc. parl., Chambre, SE 1988, 516/6, pp. 126-127.

ment les réglementations relativement détaillées qui existaient à l'époque au niveau national, il peut être admis que les règles en projet, qui font l'objet de la présente demande d'avis, relèvent en principe de la compétence du pouvoir exécutif fédéral (1).

2. Dans la mesure où il s'avérerait nécessaire de délimiter les compétences fédérales et régionales dans le domaine réglementaire, - et cela vaut principalement, ainsi qu'il apparaîtra ci-après, dans l'hypothèse où les Régions souhaiteraient établir leurs propres règles supplétives - on se reportera à l'arrêt n° 79/92 du 23 décembre 1992 de la Cour d'arbitrage. Dans cet arrêt, rendu sur un recours formé par l'Exécutif régional wallon contre la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, la Cour d'arbitrage a jugé d'une part, que l'autorité nationale - actuellement fédérale - est compétente pour adopter les normes, législatives ou réglementaires, établissant les règles générales, dans la mesure nécessaire au maintien de l'union économique et de l'unité monétaire et, d'autre part, que les Régions peuvent compléter ces normes par d'autres et qu'elles sont seules compétentes pour

(1) Par comparaison avec les directives européennes qui ont également pour but d'assurer la libre circulation notamment des biens et des services, on observera qu'en l'espèce aussi il a été jugé nécessaire d'édicter des règles extrêmement détaillées qui ne laissent plus aux Etats membres qu'une marge fort étroite pour arrêter des règles complémentaires. Il est à noter, au demeurant, que le régime fédéral actuellement en vigueur en matière de marchés publics, tel qu'il est inscrit à la loi du 24 décembre 1993, a été dans une large mesure déterminé par la réglementation européenne.

prendre les mesures d'application individuelles des normes nationales et régionales (considérant B.4.). Les normes complémentaires permettent aux Régions de mener des politiques adaptées à leurs besoins, pour autant que celles-ci n'aillent pas à l'encontre du cadre normatif défini par l'autorité nationale (considérant B.3.c). Ce raisonnement s'articule également autour de la compatibilité des règles générales, édictées par l'autorité nationale, avec les principes énumérés à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 3, de la loi spéciale précitée (id., B.2) (1).

3. On pourrait donc dire qu'il existe, entre la compétence de l'autorité fédérale pour établir les normes générales et celle des Régions pour arrêter des règles complémentaires, une sorte de zone grise dans laquelle les deux autorités pourraient intervenir dans la mesure où l'autre ne s'est pas encore engagée dans le domaine. Il appartiendra alors à la Cour d'arbitrage, le cas échéant, de déterminer laquelle des deux autorités a excédé ses pouvoirs.

C. FORMALITES PREALABLES.

Les formalités qui n'avaient pas été accomplies lorsque le projet fut soumis une première fois à l'avis de la

(1) Le législateur a lui aussi tenu compte de la possibilité que les autorités régionales pourraient établir des règles complémentaires, puisqu'il en est fait mention dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi d'où est issue la loi du 24 décembre 1993 (Doc. parl., Sénat, 1992-1993, 656/1, p. 10).

section de législation du Conseil d'Etat (voir avis n° 24.588/1 du 19 octobre 1995), ont cette fois été observées.

D. OBSERVATIONS GENERALES.

1.1. Le présent projet emprunte dans une large mesure à d'anciens arrêtés, à savoir, l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, l'arrêté royal du 14 novembre 1979 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de concession d'ouvrages et l'arrêté royal du 18 mai 1981 relatif aux conditions générales de passation des marchés publics de promotion de travaux et de fournitures. L'annexe, quant à elle, est la retranscription quelque peu restructurée de l'arrêté ministériel du 10 août 1977 établissant le cahier général des charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

1.2. Dans certains cas, le rapport au Roi relatif au projet précise dans quelle mesure celui-ci s'inspire des dispositions correspondantes de la réglementation existante, ou y déroge, sans que des précisions soient fournies, pour le surplus, en ce qui concerne les dispositions qui sont reproduites sans modification parmi les règles en projet. Il est fort douteux que pareil procédé soit de nature à concourir à la grande utilité pratique qu'un rapport au Roi peut offrir dans une matière présentant une complexité technique, telle que les marchés publics. Il est recommandé, en effet, d'inscrire dans le rapport au Roi un commentaire cohérent, portant sur tous les éléments de la réglementation et non uniquement sur les éléments qui doivent être considérés comme nouveaux en comparaison avec ce qui

.../...

existait auparavant. Cette observation est d'autant plus pertinente lorsque la réglementation, dont les dispositions reproduites faisaient partie, est abrogée et que le rapport au Roi, relatif aux règles nouvellement élaborées, doit par conséquent se lire dans le contexte des précisions que le rapport au Roi, qui était joint à l'époque aux règles à abroger (voir, par exemple, l'arrêté royal du 13 décembre 1977), avait données au sujet des dispositions déjà existantes.

1.3. Dans ce contexte, il faut regretter que le rapport au Roi ne consacre aucun commentaire au texte de l'annexe. Compte tenu du champ d'application plus étendu de ce cahier général des charges, il paraît utile d'en encore y pourvoir.

2. La retranscription et les corrections auxquelles il a été procédé en même temps ont été faites peu soigneusement. Des erreurs figurant dans les anciens textes ont été reproduites, la concordance entre les versions française et néerlandaise - cette dernière étant souvent une mauvaise traduction de la première - laisse encore à désirer, des notions ne sont pas employées de manière cohérente et les définitions qui se trouvaient dans les anciens textes n'ont pas été reproduites. Ainsi par exemple, il est fait une distinction, dans le texte français de l'annexe, entre le terme général "adjudicataire" (celui à qui un marché de travaux, de fournitures ou de services a été adjugé) et le terme spécifique "entrepreneur" (celui à qui un marché de travaux a été attribué). Dans le texte néerlandais figure toutefois dans les deux cas le mot "aannemer". Un nombre d'exemples en seront encore donnés dans l'examen par

.../...

articles, sans qu'il s'agisse d'en faire une énumération exhaustive.

En tout état de cause, il y a lieu d'éviter que, par exemple, le texte français s'inspire de la rédaction d'une disposition existante, alors que le texte néerlandais adopte une rédaction libre, s'écartant de la disposition originelle. Pareille adaptation de la rédaction appelle des questions quant à l'intention des auteurs des règles en projet, dès lors que le texte néerlandais surtout donne l'impression que l'on vise en l'occurrence à en modifier la teneur. Si telle n'est pas l'intention, il serait préférable, par souci de la sécurité juridique, de mettre autant que possible la rédaction tant du texte français que du texte néerlandais, en concordance avec celle de l'arrêté royal du 22 avril 1977.

3. Le projet utilise fréquemment des notions vagues qui, si elles proviennent parfois d'autres textes, par exemple des directives CE, ne sont pas précisées dans le projet. Voir, entre autres, le terme "des investissements préalables de valeur considérable" à l'article 5, § 1er, alinéa 1er, 1^o, des règles générales d'exécution. Par souci de la sécurité juridique, il paraît toutefois indiqué de donner à ces notions un contenu plus concret en droit interne, soit dans le texte du projet, soit dans le rapport au Roi qui l'accompagne. On évitera ainsi que l'administration ou les services adjudicateurs disposent d'un pouvoir d'appréciation trop étendu et que ne survienne de cette manière une source supplémentaire de contestations.

.../...

D'une manière générale, du reste, il est permis de souligner qu'en matière de marchés publics, la terminologie utilisée revêt une grande importance et qu'il faut dès lors, dans l'intérêt de la sécurité juridique, veiller à définir uniformément les notions. Il y aura lieu, à cet égard, de rechercher le juste équilibre entre l'uniformité de la terminologie et l'usage correct de la langue, spécialement en ce qui concerne le texte néerlandais.

4. Alors que chaque article de l'arrêté ministériel du 10 août 1977 était pourvu d'un intitulé qui en indiquait brièvement le contenu, il est gênant que, dans l'annexe du présent projet, ces intitulés soient maintenus - et dans ce cas, en tant qu'intitulés de paragraphes - ou bien omis, ou encore reproduits en tant qu'intitulés des sections.

Lorsque les dispositions relatives aux marchés de concession et de promotion ont été reprises, l'on n'a pas toujours non plus suivi de manière cohérente la méthode qui consistait à inscrire les règles de passation dans les arrêtés qui avaient déjà été soumis pour avis et les règles générales d'exécution dans le présent projet.

5. Comme le cahier général des charges figure à présent en annexe au projet au lieu de dans un arrêté ministériel distinct, on peut s'attendre à ce que des problèmes de références se posent, vu que la numérotation

.../...

est généralement parallèle (1), et cela d'autant plus que dans son intitulé, le projet utilise la notion de "règles générales d'exécution", alors qu'il est question, dans l'annexe, de "cahier général des charges". En outre, dans le texte de l'arrêté en projet, il est fait référence, indifféremment, à l'annexe et au cahier général des charges (voir par exemple les articles 4 et 6).

6.1. Selon l'intitulé du projet, celui-ci établit les "règles générales d'exécution". Cette notion est empruntée à l'article 1er, § 1er, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993, aux termes duquel le Roi fixe les règles générales d'exécution des marchés publics.

Sous l'empire de l'ancienne réglementation, le "cahier général des charges" s'entendait des clauses contractuelles générales des marchés publics : voir l'article 3, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 22 avril 1977. Il s'agissait donc des règles concernant l'exécution du marché après que celui-ci fut attribué. Cette précision a toutefois été omise dans le présent projet.

Il semblerait que par "règles générales d'exécution", il faille alors entendre les règles concernant un nombre d'éléments sur la base desquels il est procédé à la passation, tels que le cahier spécial des charges, les prix etc. La distinction entre les règles de passation et les

(1) Il faudra, plus spécialement, toujours préciser dans les références s'il s'agit du texte de l'arrêté royal ou de celui de l'annexe. Il est à craindre qu'il sera souvent fait référence à l'arrêté royal même alors que c'est l'annexe qui est visée.

règles d'exécution ne peut toutefois pas toujours se faire clairement (1) et on n'aperçoit donc pas non plus de manière précise si le cahier général des charges doit être regardé comme un élément des règles générales d'exécution, ce que semble impliquer le projet (voir par exemple l'article 2).

6.2. La question se pose de savoir s'il s'agit de conférer dorénavant un caractère réglementaire au cahier général des charges. La circonstance que ce cahier des charges ne fera plus l'objet, à l'avenir, d'un arrêté ministériel distinct, mais figurera en annexe à l'arrêté royal établissant les règles générales d'exécution, pourrait constituer une indication dans ce sens.

Selon M. A. Flamme (2), la distinction entre les deux espèces de clauses - à savoir, réglementaires et contractuelles - est importante du point de vue juridique, au motif a) que la violation des dispositions légales et réglementaires peut être soulevée au contentieux de la légalité dont le Conseil d'Etat est le juge, par tout requérant justifiant d'un intérêt, b) que la violation des dispositions contractuelles relève de la compétence des tribunaux ordinaires, où seules les parties peuvent la soulever et c) que l'administration peut déroger, quand cela se justifie pour un marché déterminé, au cahier général des charges (contractuel), alors qu'elle ne peut jamais déroger à l'arrêté royal (réglementaire).

(1) Ainsi par exemple, le prix joue-t-il un rôle déterminant en cas de passation d'un marché public par adjudication publique, ce qui n'exclut pas que le paiement du prix constitue également un élément essentiel de l'exécution du marché.

(2) Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, cinquième édition (1986), n° 91, p. 298.

Or, il est vrai qu'en principe, tous les litiges nés après l'adjudication d'un marché public sont des litiges portant sur l'exécution d'un contrat, qui sont donc tranchés par le juge ordinaire, indépendamment de la question de savoir si c'est la violation de dispositions légales ou réglementaires ou bien d'une clause contractuelle qui est invoquée. En plus, les cas dans lesquels une administration publique a le loisir de déclarer le "cahier général des charges" applicable ou non au marché attribué, sont devenus extrêmement rares, sinon inexistantes à la suite de la législation nationale et européenne (1). C'est sans doute à la lumière de ces constatations que le choix s'est porté à présent sur le caractère purement réglementaire du cahier général des charges. Si tel est le cas, il serait néanmoins indiqué de fournir quelques éclaircissements dans le rapport au Roi.

7. L'objectif de faire figurer dans le présent projet uniquement les règles relatives à l'exécution des marchés publics, n'a pas été maintenu de manière cohérente. Les titres II et III, spécialement, qui concernent respectivement les marchés publics de promotion de travaux et de fournitures et les concessions de travaux publics, comportent un nombre important de dispositions relatives à des opérations qui précèdent l'attribution du marché.

(1) M. A. Flamme, op. cit., n^{os} 101 à 104, pp. 301-302, signale du reste qu'il a été conféré un caractère toujours plus contraignant, voire même réglementaire, au cahier général des charges de 1977.

E. EXAMEN DU TEXTE.Intitulé.

Il est recommandé de compléter l'intitulé par une référence au "cahier général des charges".

En effet, même dans l'hypothèse où le "cahier général des charges" pourrait être considéré comme faisant partie des règles d'exécution (voir l'article 2, 1^o, du projet et ci-dessus, D, observations générales, sous 5), il forme toutefois un élément tellement important du projet et la notion est à ce point généralement admise comme réglementation distincte, qu'il est indiqué de le mentionner de manière expresse.

Selon l'intitulé de l'annexe, le cahier général des charges, contrairement à l'arrêté même en projet, ne concerne pas les concessions de travaux publics.

Il est suggéré, en conséquence, de rédiger l'intitulé comme suit :

"Arrêté royal établissant les règles générales d'exécution pour certains marchés publics et concessions de travaux publics, et fixant le cahier général des charges pour certains marchés publics".

.../...

Préambule.

1.1. Dans le texte français, il y a lieu de viser "l'article 1er, § 1er, alinéa 2". Le texte néerlandais du premier alinéa doit être complété par une référence à l'"artikel 1, § 1, tweede lid".

1.2. Le projet, sans l'annexe, compte également des dispositions concernant les concessions de travaux publics (titre III). Dès lors que l'article 1er, § 1er, de la loi ne traite que des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, l'alinéa 2 de cette disposition ne procure pas un fondement légal suffisant pour régler, par arrêté royal, les concessions de travaux publics. Il est conseillé de faire également référence à l'article 24, alinéa 1er, de la loi, selon lequel une concession de travaux publics peut être octroyée dans les conditions déterminées par le Roi. Le premier alinéa du préambule doit par conséquent être complété par une telle référence. On écrira donc : "... , notamment les articles 1er, § 1er, alinéa 2, et 24, alinéa 1er;".

2. Il y a lieu d'omettre, comme étant superflus, les alinéas du préambule visant les arrêtés royaux des 8 et 10 janvier 1996 qui ne forment pas le fondement légal du présent projet et ne sont pas modifiés par ce dernier.

3. La référence à l'avis de la Commission des marchés publics doit être complétée par la mention de la date à laquelle cet avis a été donné, à savoir le 2 avril 1996.

.../...

4. Le sixième alinéa du préambule mentionne l'accord du Conseil des ministres, qui a été donné le 5 avril 1996. La formule de proposition figurant au préambule du projet, indique toutefois également qu'il est pris "de l'avis de Nos Ministres qui en ont délibéré en Conseil".

Sans doute la première référence à l'accord du Conseil des ministres, a-t-elle pour objet d'indiquer qu'il a été satisfait à la formalité prescrite par l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire (1). L'article 68 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit toutefois que "les arrêtés royaux pris en exécution ou en application de la présente loi sont délibérés en Conseil des ministres". Il peut donc suffire, dans la formule de proposition, de mentionner l'avis des ministres ayant délibéré en Conseil et l'alinéa du préambule qui vise l'accord du Conseil des ministres doit être supprimé.

Dispositif.

Titre premier.

Article 1er.

Afin d'éviter que dans la suite du texte, les arrêtés royaux des 8 et 10 janvier 1996 doivent à chaque fois être cités avec leur intitulé complet, il peut être

(1) On pourrait éventuellement songer à l'article 8, selon lequel les projets concernés qui n'ont pas reçu l'accord du Ministre du Budget, sont soumis au Conseil des ministres.

envisagé d'ajouter à leur mention dans l'article 1er : "dénommé ci-après l'arrêté royal du 8 (ou du 10) janvier 1996".

Article 2.

Dans le texte néerlandais de la phrase introductive, le mot "bepaald" est une traduction malencontreuse du mot "précisées" dans le texte français. On écrira : "nader bepaald".

Article 3.

1. A l'alinéa 2 des paragraphes 1er et 2, il convient de préciser chaque fois : "articles 5, ... du cahier général des charges", afin d'exprimer clairement qu'il ne s'agit pas des règles générales d'exécution.

2. Le régime, visé dans le rapport au Roi, concernant la dérogation dans des cahiers des charges-type, au cahier général des charges pour certaines catégories de marchés publics, ne se retrouve pas à l'article 3 du projet. Il est préférable de l'inscrire dans le texte même.

Article 4.

Au paragraphe 1er, le terme "montant" est fautivement traduit par le mot néerlandais "waarde". Mieux serait "bedrag". Voir à ce propos le point D, observations générales, n° 2.

.../...

Article 5.

1. En ce qui concerne le paragraphe 1er, alinéa 1er, 1º, il faudrait préciser ce que sont des investissements préalables "de valeur considérable" (1). Ils pourraient, par exemple, être exprimés en pourcentage du prix du marché.

2. Au paragraphe 1er, alinéa 2, on n'aperçoit pas ce qu'il faut entendre, dans le contexte donné, par les "garanties" que doit fournir l'adjudicataire. Le terme général "sûreté" est juridiquement plus précis, et c'est probablement de cela qu'il retourne (2).

Article 6.

1. Au paragraphe 1er, alinéa 1er, le membre de phrase "qui le lie au pouvoir adjudicateur" peut être omis sans problème.

2. Le mot "annexe" sera remplacé par les mots "cahier général des charges". Cette observation vaut également pour l'article 15, § 2. Voir également le point D, observations générales, n° 5.

(1) Voir D, observations générales, n° 3.

(2) Voir ci-après, sous l'article 22, également les observations relatives à l'emploi du terme "cautionnement".

.../...

3. Dans le texte néerlandais du paragraphe 1er, alinéa 2, 2º, il conviendrait d'écrire : "... indien die materialen hetzij rechtstreeks, hetzij via een algemene representatieve index van de materiaalprijzen, opgenomen zijn in de herzieningsformule van de opdracht".

4. Dans le texte néerlandais du paragraphe 2, on écrira, dans le texte néerlandais : "... de overlegging vorderen van verklaringen, waarbij de onderaannemers bevestigen ...".

5. Concernant le paragraphe 3, le Conseil d'Etat, section de législation estime que cette disposition, qui prévoit une dérogation à l'article 1798 du Code civil, ne trouve pas de fondement légal à la loi du 24 décembre 1993, notamment pas à l'article 23. Le paragraphe 1er de cet article dispose que les créances des adjudicataires ne peuvent être ni saisies, ni cédées, ni données en gage jusqu'à la réception provisoire. Le paragraphe 2, deuxième tiret, de cet article n'autorise la saisie ou l'opposition par les sous-traitants et les fournisseurs que pour les sommes dues à raison des travaux, des fournitures ou des services servant à l'exécution du marché.

Articles 7 et 8.

1. Ces articles correspondent, dans une large mesure, aux articles 8 et 54 de l'arrêté royal du 22 avril 1977. L'article 8 y figurait sous le chapitre premier "Disposi-

.../...

tions générales", section 2 "De la détermination et du contrôle des prix", l'article 54 sous le chapitre VIII "Dispositions diverses". Leur réunion, à présent, dans un seul chapitre "De la modification du marché", figurant dans un projet d'arrêté d'exécution - ou à tout le moins, dans une partie de celui-ci - qui concerne l'exécution du marché, soulève toutefois la question de leur connexité.

On peut supposer, en effet, que l'article 7 du projet, comme l'article 8, porte uniquement sur la modification unilatérale du marché après son attribution, ce qui n'était pas nécessairement le cas pour l'article 8 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 (1). Se pose la question, à cet égard, de savoir dans quelle mesure il est possible de ne "(pas) modifie(r)" "l'objet" du marché dans l'hypothèse où il est dérogé "aux clauses et conditions essentielles du marché" et vice versa (2).

Il serait par conséquent indiqué de reformuler et de préciser les deux articles à la lumière de ces observa-

(1) Le rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 14 octobre 1964 considérait que l'exécution avait déjà été entamée et la section de législation du Conseil d'Etat avait proposé, dans son avis relatif à cet arrêté, de faire figurer la disposition dans le cahier général des charges.

(2) Selon M. A. Flamme, op. cit., n° 261.1, p. 540, l'article 54 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 - article 8 du projet - vise la révision d'éléments tels que le prix, les délais d'exécution, et ce à l'intention de l'adjudicataire. Selon cet auteur, il n'est pas requis, pour l'application de cette disposition, que les conditions fixées à l'article 16 du cahier général des charges soient remplies.

tions, les précisions devant au moins figurer dans le rapport au Roi.

2. A la fin de l'article 7, il vaudrait mieux, en tout cas, remplacer le mot "compensation" par "indemnité".

Article 9.

Selon les éclaircissements fournis par le délégué du gouvernement à propos du présent article, l'intention qui le fonde est que, lorsque quelques lots ou l'ensemble des lots d'un marché divisé en lots sont attribués à un même adjudicataire, les délais d'exécution devraient être additionnés sans que le marché ne le justifie. Afin que cela soit clairement exprimé, l'article pourrait être formulé comme suit : "Si le marché comporte plusieurs lots, chaque lot est considéré, en vue de l'exécution, comme un marché distinct, à moins que le cahier spécial des charges n'en dispose autrement".

Article 10.

1. Cette disposition correspond à l'article 23 de l'ancien cahier général des charges (arrêté ministériel du 10 août 1977). Il n'apparaît pas pour quelle raison elle fait à présent partie des règles générales d'exécution.

2. Dans le texte néerlandais, on écrira "bemiddeling" au lieu de "tussenkomst".

.../...

Titre II.

Observations préliminaires.

1. Selon son intitulé, ce titre concerne les "marchés publics de promotion de travaux et de fournitures". Cette terminologie n'est toutefois pas utilisée de manière conséquente dans les articles figurant sous ce titre. Outre la terminologie employée dans l'intitulé, on rencontre également : "marchés de promotion" (intitulé de la section première et article 11), "marchés de promotion de travaux" (intitulé de la section II et article 12, alinéa 1er).

L'expression correcte, qui figure à l'article 9 de la loi du 24 décembre 1993, est "marché public de travaux ou de fournitures passé sous la forme d'une promotion". Si on souhaite utiliser un terme concis, celui-ci doit être défini de manière expresse et être également employé de manière conséquente.

2. Le titre compte un grand nombre de dispositions qui concernent des actes précédant l'attribution du marché, tel par exemple l'article 13 (1).

Article 11.

1. Un nombre de mentions qui figuraient à l'article 5 de l'arrêté royal du 18 mai 1981, ont été omises, contraire-

(1) Voir à ce sujet, ci-dessus sous D, observations générales, n° 7.

ment à l'article 28 concernant les marchés de concession. Il est à remarquer à ce propos que le texte ne comprend pas de disposition générale relative aux mentions du cahier spécial des charges.

2. Dans la phrase introductive de l'alinéa 1er, il y aurait lieu de compléter le terme "marché de promotion", conformément à la première observation préliminaire faite sous le titre II.

3. Le taux de l'intérêt légal, désigné par *i* dans la formule de révision des prix, doit être mieux défini comme suit : "le taux de l'intérêt légal, prévu par la loi du 30 juin 1970 modifiant les taux d'intérêt légaux".

Article 13.

1. Voir la deuxième observation préliminaire sous le titre II, concernant notamment le paragraphe 2 de cet article.

2. Dans le même paragraphe 2, alinéa 1er, on remplacera le mot "promoteur" par "soumissionnaire", en raison, précisément, du fait que c'est la phase qui précède la conclusion du marché qui est visée.

3. Encore au paragraphe 2, alinéa 1er, mieux vaudrait écrire "les droits octroyés par le pouvoir adjudicateur ..." au lieu de "les droits réels ...". En effet, un droit réel est soumis à un nombre fixe de modalités. Si l'on souhaite

.../...

réserver la possibilité de ne pas octroyer complètement le droit réel, il vaut mieux écrire seulement "droits". La même observation vaut pour les mots "droits réels" dans la dernière phrase de l'alinéa.

4. La référence à l'article 17 est incorrecte, du moins s'il s'agit de reprendre la règle de l'article 7 de l'arrêté royal du 18 mai 1981. Elle doit être remplacée par une référence à l'article 21.

5. Pour autant que l'alinéa 2 du paragraphe 2 n'est pas fusionné avec le paragraphe 3, qui présente une meilleure cohérence avec cet alinéa, il y a lieu de préciser dans ce dernier paragraphe qu'il s'agit d'un "acte authentique".

Article 15.

1. Cet article réitère l'article 21 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ainsi que l'article 18 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, à cela près qu'il y est simplement ajouté des délais. Il vaudrait mieux inscrire ces délais dans ces dernières dispositions. Voir également sous D, observations générales, n° 7, ci-dessus.

2. Le Conseil d'Etat, section de législation, n'aperçoit pas la raison pour laquelle l'alinéa 2 du paragraphe 1er, 4°, qui prévoit que l'acte constatant le transfert effectif doit être passé dans les quatre mois, ne

.../...

devrait s'appliquer qu'au cas visé dans ce 4^o. Cet alinéa serait mieux placé séparément à la fin du paragraphe 1er et complété par la mention qu'il s'applique au transfert des droits réels visés sous 3^o à 5^o.

Article 16.

La disposition de l'alinéa 2 ne peut évidemment pas préjudicier aux sûretés établies par la loi ou en vertu de celle-ci (les hypothèques légales par exemple). Il constitue uniquement une obligation pour celui qui transfère la propriété.

Article 17.

A l'alinéa 1er, il y a lieu, dans le texte néerlandais, de remplacer le terme "verbreken" par "ontbinden", qui est la traduction correcte du terme français "résilier".

Article 19.

1. Le paragraphe 1er appelle la même observation que celle qui a été faite concernant l'article 15, sous 1, étant entendu qu'il faut renvoyer respectivement à l'article 48 et à l'article 40 des arrêtés royaux qui y sont cités.

2. La précision "à terme" au 2^o du même paragraphe est superflue et doit être omise.

.../...

Article 20.

1. Le texte français est plus clair que le texte néerlandais. Il est indiqué que ce dernier soit adapté au premier.

2. Dans cet article également, le terme français "résilier" correspond au terme néerlandais "ontbinden", et non pas à "verbreken".

Article 21.

1. La mention de la date des arrêtés royaux visés devrait être complétée par l'énoncé de leur intitulé, à moins que la suggestion faite sous l'article 1er du projet soit retenue.

2. Dans le texte néerlandais du 2º, il convient d'écrire "vereffenen" au lieu de "kwijten".

Article 22.

1. Selon le 1º de cet article, le promoteur est tenu "de constituer un cautionnement conformément aux dispositions de l'article 5 de l'annexe".

.../...

Encore que le terme "cautionnement" est d'un usage courant dans la législation sur les marchés publics, et qu'il y a manifestement le sens de "sûreté", il y a lieu de signaler que le cautionnement, suivant l'article 2011 du Code civil, est un contrat par lequel un tiers s'engage - personnellement - envers le créancier à remplir l'obligation du débiteur si celui-ci reste en défaut d'y satisfaire. Il n'est manifestement pas dans l'intention des auteurs du projet d'exiger que pareil contrat soit conclu d'avance. On remplacera dès lors le mot "cautionnement" par le terme plus général "sûreté". Si l'on vise toutefois une forme plus spécifique de sûreté, on veillera à la mentionner sous sa dénomination juridique correcte. Cette observation vaut également pour l'article 5 du cahier général des charges (1).

2. Egalement au 1^o, il y a lieu de préciser si le "coût" dont il est fait mention doit s'entendre TVA comprise ou non comprise.

3. Par souci de clarté, il vaudrait mieux écrire au 2^o : "... et 2270 du Code civil; s'il est fait application de l'article 23, § 1er, 3^o, du présent arrêté, cette responsabilité s'applique également aux parties de l'ouvrage ...".

(1) La section de législation du Conseil d'Etat a déjà fait une observation similaire à propos de l'article 9 de l'arrêté royal du 18 mai 1981.

Article 23.

Au paragraphe 1er, 3°, il a lieu de viser l'article 14 au lieu de l'article 15.

Article 24.

1. Au paragraphe 1er, 1°, on écrira, dans la version néerlandaise, "betaling" au lieu de "kwijting".

2. A paragraphe 4, alinéa 1er, on écrira : "... à compter de la date du procès-verbal visé au § 2 du présent article".

Article 26.

Selon le rapport au Roi, cet article doit s'entendre en ce sens que les réceptions provisoires et définitives par le promoteur de l'ouvrage ou des fournitures sur lesquels porte le marché de promotion sont indépendantes des réceptions auxquelles le pouvoir adjudicateur procède avec le promoteur. Si telle est l'objet précis de l'article, il y a lieu de l'exprimer plus clairement dans le texte même.

Article 27.

Dans le paragraphe 2, on remplacera les mots "le cautionnement" par "la sûreté". Voir à ce sujet, la première observation sous l'article 22.

.../...

Titre III.

Observations préliminaires.

1. Comme pour le titre II du projet, il y a lieu de relever également ici que le titre compte un grand nombre de dispositions qui concernent des actes précédant l'attribution du marché.
2. De la même manière, il est à noter que la terminologie n'est pas employée de manière cohérente.

Article 28.

Au 11^o, il convient d'écrire : "... conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, du présent arrêté".

Article 30.

Il y aurait lieu, une nouvelle fois, de remplacer "Le cautionnement" par "La sûreté", et d'écrire en outre dans le texte français "fixée" au lieu de "fixé".

Article 31.

1. Dans le texte néerlandais du paragraphe 2, on écrira pour mieux se rapprocher du texte français : "... waarvan de aanbestedende overheid de afbraak niet zou hebben geëist".

.../...

2. Les alinéas 2 et 3 du même paragraphe doivent évidemment s'interpréter en ce sens que les hypothèques légales et les servitudes publiques, c'est-à-dire celles qui naissent en dehors de la volonté du concessionnaire, ne soient pas exclues.

Article 33.

Afin de mieux se rapprocher de la terminologie de la loi du 24 décembre 1993, on écrira : "Dans les trente jours qui suivent la notification de l'octroi de la concession ...".

Article 34.

A l'alinéa 1er, on écrira "octroi" au lieu de "attribution".

Article 38.

Au paragraphe 2, alinéa 2, dernière phrase, il vaudrait mieux faire directement référence à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises.

.../...

Article 39.

Le texte néerlandais de l'alinéa 3, première phrase, ne concorde pas avec le texte français qui est manifestement le texte correct. On remplacera par conséquent "aanbestedende overheid" par "concessiehouder".

Article 40.

1. Cet article est extrêmement long, ce qui en rendra malaisées la lecture et d'éventuelles modifications futures. Il serait préférable, pour ce motif, de le scinder en plusieurs articles.

2. Au paragraphe 1er, alinéa 2, il y a lieu de viser "l'article 31, §§ 2 et 3", au lieu de "l'article 31, § 1er et 3".

Article 41.

Il ressort de cette disposition que les arrêtés royaux que le présent projet entend remplacer devront encore s'appliquer pendant longtemps aux marchés publics annoncés ou attribués avant la date qui sera complétée dans l'article. Il conviendrait dès lors, comme à l'article 30, alinéa 2, de l'arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des

.../...

télécommunications, de compléter le présent article par un alinéa 2 disposant que les marchés annoncés ou décidés avant une date déterminée demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'annonce ou de la décision.

Annexe.

Article 4.

Il n'apparaît pas clairement pour quelle raison, au paragraphe 3, alinéa 3, a été supprimée l'obligation pour l'adjudicataire d'introduire les réclamations et les recours conformément à la procédure prévue à l'article 16, § 4.

Article 5.

1. Contrairement à ce qui semble être le cas dans les dispositions de l'arrêté royal en projet même - les règles générales d'exécution -, le présent article du cahier général des charges vise manifestement un type de sûreté plus spécifique, qui n'est en tout cas pas un cautionnement au sens que lui donne le Code civil (1).

(1) Voir également les observations sous les articles 5 et 22 des règles générales d'exécution.

2. Au paragraphe 4, les termes français "reconstitué" et "reconstitution" sont traduits indifféremment par "aanvullen" et "integraal te stellen".

Article 10.

Au paragraphe 2, il y aurait lieu de mieux définir le terme "entrepreneur exclu", par exemple de la manière suivante : "l'entrepreneur qui a été exclu de marchés publics, en application de l'article 19, § 3, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux".

Il résulte également de la loi précitée qu'elle ne s'applique qu'aux entrepreneurs de travaux et que des fournisseurs ou prestataires de services ne peuvent être exclus de marchés publics en vertu de cette loi. Le délégué du gouvernement l'a confirmé. Il faut dès lors omettre les mots "à un fournisseur ou à un prestataire de services".

Article 12.

Au paragraphe 6, 2°, le terme français "échantillon" est rendu, en néerlandais, par le mot "proefstuk", alors qu'à l'article 4, § 5, il est traduit par "monster" ou "staal".

Article 13.

1. Au début du paragraphe 1er, il vaudrait mieux écrire, comme auparavant dans l'arrêté ministériel du 10 août 1977 : "Pour les marchés de travaux, le contrat prévoit les modalités ..." et au début du paragraphe 2 : "Pour les marchés de fournitures et de services, le contrat peut prévoir ...".

2. Au paragraphe 5, mieux vaut écrire : "Pour l'application de l'article 6 du présent arrêté, les contrats de sous-traitance doivent répondre à l'une des conditions suivantes : ...".

Article 14.

1. Le paragraphe 1er réunit les anciens paragraphes 1er, 2 et 3 de l'article 14 de l'arrêté ministériel du 10 août 1977. Il n'y a toutefois pas lieu de subdiviser le paragraphe 1er, en question, en 1º, 2º et 3º. Dans les paragraphes 2 et 6 également, du présent texte, pareille subdivision est inutile. Il va de soi que si cette subdivision est abandonnée, il faudra adapter ensuite les éventuelles références internes.

2. Les paragraphes 2 et suivants, qui sont neufs par rapport à l'ancien texte, donnent à penser que l'autorité se trouve, en matière de propriété intellectuelle, dans une position subordonnée, y compris lorsqu'elle finance la

.../...

recherche et la mise au point. Il faudrait toutefois au moins distinguer un nombre d'hypothèses qui, éventuellement nuancées selon la nature du droit intellectuel, permettraient une application différenciée :

- a) s'il est fait usage, lors de l'exécution du marché, de droits intellectuels existants, il est évident que le pouvoir adjudicateur ne peut faire valoir aucun droit à ce propos et ne peut obtenir, le cas échéant, qu'une licence d'utilisation;
- b) si, lors de l'exécution du marché, il faut mettre au point certains produits pour pouvoir exécuter le marché, il est possible de distinguer en outre si l'autorité finance cette mise au point; si tel n'est pas le cas, il n'est pas davantage question de quelque droit intellectuel à l'égard du pouvoir; si tel est bien le cas, il faudrait au moins prévoir une indemnité pour le pouvoir, à plus forte raison lorsque l'entrepreneur peut encore utiliser ce produit dans l'exécution d'autres projets;
- c) si l'objet du marché concerne précisément la mise au point d'un produit et qu'il s'en suit donc que l'entière mise au point est financée par le pouvoir, celui-ci devrait pouvoir faire valoir un droit intellectuel à ce sujet; le projet donne, pour le moins, à penser que tel n'est pas le cas.

3. Au paragraphe 3, alinéa 2, il convient d'écrire, dans le texte néerlandais : "... het gebruik van het werk, de levering of de dienst, of die nu aanleiding ...".

.../...

Article 16.

1. La division en 1^o, 2^o, ... au paragraphe 2, appelle la même observation que celle faite à propos de l'article 14.

2. A l'alinéa 3 du paragraphe 3, on écrira : "Dans ce cas, l'adjudicataire est simplement tenu de signaler au pouvoir adjudicateur aussitôt ... sur le marché et ...".

3. Au paragraphe 6, on écrira : "Pour l'application du présent article, on entend par révision du marché, l'adaptation ...".

Article 17.

Dans l'intitulé et dans l'article, il convient de remplacer, dans le texte néerlandais "teruggave" par "kwijschelding".

Article 20.

1. Le paragraphe 8 appelle la même observation que celle faite sous l'article 10. L'exclusion d'un fournisseur ou d'un prestataire de services, telle qu'elle est réglée par le présent projet, n'a pas de fondement légal dès lors que la loi du 20 mars 1991 ne concerne que les entrepreneurs de travaux.

.../...

2. La sanction prévue au paragraphe 9 étant moins lourde que celle des paragraphes précédents, il vaudrait mieux insérer cette disposition après le paragraphe 3.

Article 22.

Concernant le 2°, b), il y a lieu de réitérer l'observation qui a été faite sous les articles 10 et 20 au sujet de l'exclusion des fournisseurs et des prestataires de services.

Article 23.

Dans cette disposition, il y a lieu de faire référence à l'article 10, et non pas à l'article 9, de l'arrêté.

Article 27.

Outre qu'il est inutile, pour la raison déjà indiquée, de diviser le paragraphe 2 en 1°, 2°, ..., il semblerait que les auteurs visent à procéder à une division basée d'abord sur le principe général (1°) et ensuite suivant les différents lieux où peut se faire la réception (2°, 3°, 4°, 5°). A l'analyse, cette division n'est pas pertinente, dès lors, par exemple, qu'il est question au 3° (essais à l'usine du fabricant), alinéa 3 de "..., quel que soit le lieu où ces essais sont effectués" et qu'à l'alinéa 5, il est question des essais effectués dans les usines de l'entrepreneur ou sur les chantiers.

.../...

Article 33.

Il vaudrait mieux spécifier à l'alinéa 1er qu'il s'agit des dispositions de l'article 29, § 3 (découvertes au cours des travaux).

Article 42.

Au paragraphe 3, alinéa 1er, on écrira : "Pour qu'une révision des prix unitaires puisse se faire, l'une des parties doit notifier sa volonté à l'autre ... les ordres modificatifs ont été valablement donnés". Au paragraphe 6 également, il faudrait exprimer plus clairement qu'il s'agit d'une révision des prix unitaires.

Articles 46 et 47.

Ces dispositions n'ajoutent rien aux principes communs aux marchés de travaux, de fournitures et de services, inscrits à l'article 20, §§ 1er et 2, et ne se justifient que par le maintien de la numérotation des articles telle qu'elle figure à l'arrêté ministériel du 10 août 1977.

Article 48.

Au paragraphe 3, 3°, alinéa 4, c), il convient d'écrire : "les nouveaux prix unitaires convenus ...".

.../...

Article 59.

Le paragraphe 3 gagnerait à être rédigé comme suit :

"Si le pouvoir adjudicateur constate que les fournitures ne sont pas en état d'être réceptionnées ou que le fournisseur présente des quantités nettement inférieures à celles annoncées dans sa demande, la demande de réception du fournisseur est considérée comme non avenue. Le fournisseur doit introduire une nouvelle demande de réception".

Article 66.

1. Au paragraphe 1er, 3º, on écrira, dans le texte néerlandais : "Wanneer is bepaald dat de levering gespreid moet worden uitgevoerd, ...".

2. Au paragraphe 1er, 5º, il y a lieu de faire référence au 4º au lieu du 3º.

Article 68.

Dans cet article, il convient d'écrire : "... sauf si le cahier spécial des charges fait obligation au prestataire de services, après la passation du marché, d'éli-re ...".

.../...

Article 70.

Le paragraphe 1er est inspiré par l'article 55, qui concerne les livraisons. Dans la première phrase du paragraphe 1er, on écrira, dans le texte néerlandais : "... de plaats waar de diensten verleend moeten worden ...".

Article 71.

Il n'apparaît pas clairement si les vérifications visés par cet article doivent être considérées comme une forme de réception, comme le laisse entendre l'intitulé (1).

Article 73.

L'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 traite de l'incompatibilité qui survient au cas où un fonctionnaire, un officier public ou une autre personne physique ou morale chargée d'un service public, a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires. Il lui est interdit, dans ce cas, d'intervenir dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public. Cette disposition vaut non seulement dès la passation du marché, mais elle concerne en outre la responsabilité de l'intéressé et non celle du prestataire de services. Pareille disposition n'est

(1) L'inspection des Finances (avis p. 14) fait état, à cet égard, de "réception technique". Voir également l'article 12, § 1er, alinéa 2, 3^o, du cahier général des charges.

d'ailleurs pas prévue pour les travaux et les services, où cette incompatibilité peut également se présenter. Ce n'est toutefois pas cette incompatibilité que vise l'article 73, mais celle où un prestataire de services a un intérêt contraire. Selon le délégué du gouvernement, cette disposition est destinée aux bureaux d'études etc., qui élaborent un marché pour les administrations publiques et qui sont censés ne plus intervenir par la suite dans la passation ou l'exécution de ce marché (1). Il serait indiqué de préciser le texte dans ce sens.

Article 74.

Au paragraphe 2, dernier alinéa, on écrira, dans le texte néerlandais : "... is de oplevering van de in deze paragraaf beschreven diensten definitief".

Article 75.

1. Dans le texte néerlandais du paragraphe 1er, 3°, on écrira : "... dat de levering gespreid moet worden uitgevoerd, ...".

2. Au paragraphe 1er, 5°, il y a lieu de faire référence au 4°.

(1) Le délégué renvoie à ce propos à l'exposé des motifs relatif à l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993.

De kamer was samengesteld uit

La chambre était composée de

de Heren : J. DE BRABANDERE,
Messieurs :

kamervoorzitter,
président de chambre,

M. VAN DAMME,
D. ALBRECHT,

staatsraden,
conseillers d'Etat,

G. SCHRANS,
E. WYMEERSCH,

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

Mevrouw : A. BECKERS,
Madame :

griffier,
greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. D. ALBRECHT.

Het verslag werd uitgebracht door de H. P. DEPUYDT, auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. E. VANHERCK, adjunct-referendaris.

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

Le rapport a été présenté par M. P. DEPUYDT, auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. E. VANHERCK, référendaire adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER,

DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

A. BECKERS.

J. DE BRABANDERE.