

Chambre des Représentants de Belgique

SESSION ORDINAIRE 1990-1991

22 AVRIL 1991

PROPOSITION DE LOI

**relative aux marchés de services
caractérisés par des prestations
intellectuelles ou artistiques**

(Déposée par M. Defosset et consorts)

DEVELOPPEMENTS

MESDAMES, MESSIEURS,

Considérations générales

Les personnes de droit public sont de plus en plus fréquemment amenées à conclure des marchés de services caractérisés par des prestations intellectuelles ou artistiques. Le recours à des experts privés pour la réalisation de certaines études ou recherches est devenu tout à fait courant.

Or le cadre législatif et réglementaire applicable à ces marchés demeure imprécis, comme en témoigne la variété des pratiques liées à la conclusion de tels marchés. En effet, les dispositions normatives qui s'y rapportent expressément sont lacunaires et insuffisantes, ainsi que la Cour des comptes en a fait la constatation à l'occasion de son contrôle des dépenses publiques (cf. 146^e Cahier d'observations, I, pp. 77-85).

On peut citer l'article 17, § 2, 4^o et 5^o de la loi du 14 juillet 1976 sur les marchés publics qui admet le principe du gré à gré, en tant qu'exception au principe général de la concurrence, inscrit à l'article 1^{er} de cette loi, pour « les ouvrages et objets d'art ou de précision dont l'exécution ne peut être confiée qu'à des artistes ou des techniciens éprouvés » et « lorsque les travaux, fournitures ou services ne sont réalisés qu'à titre de

Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers

GEWONE ZITTING 1990-1991

22 APRIL 1991

WETSVOORSTEL

**betreffende de opdrachten van
diensten gekenmerkt door
intellectuele of artistieke prestaties**

(Ingediend door de heer Defosset c.s.)

TOELICHTING

DAMES EN HEREN,

Algemene beschouwingen

Publiekrechtelijke rechtspersonen dienen steeds vaker opdrachten van diensten gekenmerkt door intellectuele of artistieke prestaties te gunnen. De inschakeling van privé-deskundigen voor de verwezenlijking van bepaalde studies of onderzoeken is heel gewoon geworden.

Het wettelijk en reglementair kader dat op die opdrachten van toepassing is, blijft evenwel weinig precies, zoals blijkt uit de veelheid van praktijken die bij de gunning van dergelijke opdrachten wordt vastgesteld. De normatieve bepalingen die er uitdrukkelijk betrekking op hebben, vertonen immers leemten en zijn ontoereikend, zoals het Rekenhof heeft vastgesteld naar aanleiding van zijn controle op de overheidsuitgaven (zie 146^e Boek met Opmerkingen, deel I, blz. 76 tot 84).

Er kan verwezen worden naar artikel 17, § 2, 4^o en 5^o van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten, dat het principe van de onderhandse overeenkomst aanvaardt als uitzondering op het algemene principe van de mededinging dat in artikel 1 van die wet vervat is, voor « de kunst- of precisiewerken en -voorwerpen waarvan de uitvoering slechts aan ervaren kunstenaars of technici kan worden toe-

recherche, d'essai, d'étude, de mise au point ou de développement ».

On relève également l'article 47 de l'arrêté royal d'exécution du 22 avril 1977, qui réglemente l'appel d'offres revêtant la forme d'un concours, et l'article 50 du même arrêté, qui vise plus particulièrement les marchés publics d'ingénierie, d'architecture, d'études et autres similaires ⁽¹⁾.

Dans ce contexte normatif peu satisfaisant, il est difficile de se livrer à un contrôle objectif de légalité et de régularité de ces marchés. C'est pourquoi, et en vue de remédier aux inconvénients précités, la présente proposition de loi tend à fixer un cadre normatif particulier aux marchés de prestations intellectuelles ou artistiques, en insérant un article 5bis nouveau dans la loi du 14 juillet 1976. Un arrêté royal d'exécution devra ensuite intervenir dans les plus brefs délais.

Cet arrêté d'exécution s'inscrira dans le cadre préconisé par l'article 5bis nouveau de la loi, lequel détermine l'ampleur de la délégation attribuée au pouvoir exécutif.

L'étendue de cette délégation est équivalente à celle qui est prévue par l'article 5 de la loi, en ce qui concerne les marchés de promotion.

Le présent projet ne présente pas d'incompatibilité avec la législation en vigueur, notamment en matière de droits d'auteur, et respecte les règles déontologiques professionnelles lorsque ces dernières trouvent effectivement à s'appliquer.

Le but est d'éviter le recours systématique à ces règles déontologiques en vue de contourner les dispositions impératives légales alors que ces dernières s'appliquent manifestement au marché en cause.

Commentaires à l'article unique

Cet article fixe les conditions à respecter lors de la passation d'un marché de prestations intellectuelles ou artistiques. Ces conditions sont les suivantes :

— Fixation d'un cautionnement : la législation actuellement en vigueur ne détermine pas avec certi-

vertrouwd » en « lorsque de werken, leveringen of diensten slechts bij wijze van navorsing, proefneming, studie, aanpassing of vervolmaking uitgevoerd worden ».

Voorts kan gewezen worden op artikel 47 van het koninklijk uitvoeringsbesluit van 22 april 1977, dat de offerteaanvraag via een wedstrijd reglementeert, en artikel 50 van hetzelfde besluit, dat meer inzonderheid de overheidsopdrachten inzake ingenieurskunst, bouwkunst, studie en andere gelijkaardige opdrachten beoogt ⁽¹⁾.

In die weinig bevredigende normatieve context kan men bezwaarlijk een objectieve controle op de wettelijkheid en de regelmatigheid van die opdrachten uitvoeren. Ten einde bovengenoemde tekortkomingen te verhelpen heeft het onderhavige wetsvoorstel tot doel een normatief kader vast te stellen voor de opdrachten van intellectuele of artistieke prestaties door een nieuw artikel 5bis in de wet van 14 juli 1976 in te voegen. Vervolgens zal zo spoedig mogelijk een koninklijk uitvoeringsbesluit uitgevaardigd dienen te worden.

Dat uitvoeringsbesluit moet passen in het kader geschetst door het nieuwe artikel 5bis, dat de draagwijdte van de aan de uitvoerende macht toevertrouwde delegatie vaststelt.

De omvang van die delegatie is gelijkwaardig aan die waarvan sprake is in artikel 5 van de wet betreffende de promotieovereenkomsten.

Het onderhavige voorstel is niet onverenigbaar met de vigerende wetgeving, namelijk inzake auteursrechten, en eerbiedigt de deontologische regels van het beroep in de gevallen waarin die daadwerkelijk moeten worden toegepast.

De bedoeling is te voorkomen dat, door een systematisch beroep op die deontologische regels, de dwingende wettelijke bepalingen die klaarblijkelijk op de bedoelde opdracht toepasselijk zijn, worden omzeild.

Commentaar bij het enig artikel

Dat artikel legt de voorwaarden vast die in acht dienen te worden genomen bij de gunning van een opdracht van intellectuele of artistieke prestaties. Die voorwaarden zijn de volgende :

— Vaststelling van een borgstelling : de thans geldende wet bepaalt niet met zekerheid of de verplicht-

⁽¹⁾ Art. 50. « § 1^{er}. — Les marchés publics d'ingénierie, d'architecture, d'études et autres similaires sont des marchés de services et sont, dès lors, soumis aux dispositions du présent arrêté.

Quel que soit le mode de passation de ces marchés, ils ne peuvent toutefois faire l'objet de dispositions ou de conditions dérogeant aux lois et règlements régissant la profession d'auteur de projet.

§ 2. — Sauf le cas de marchés comportant à la fois l'établissement et l'étude d'un projet et son exécution, les adjudicataires de marchés publics d'ingénierie, d'architecture, d'études et autres similaires ne sont pas admis à participer aux procédures d'attribution de marchés de travaux qu'ils ont conçus, étudiés ou préparés. »

⁽¹⁾ Art. 50. « § 1. — De overheidsopdrachten inzake ingenieurskunst, bouwkunst, studie en andere gelijkaardige opdrachten zijn overheidsopdrachten van diensten en vallen derhalve onder de toepassing van dit besluit.

Ongeacht de wijze van gunning, mogen deze opdrachten geen bepaling of voorwaarde omvatten die afwijkt van de wetten en reglementen waaronder het beroep van de ontwerper ressorteert.

§ 2. — Behalve wanneer de opdracht tegelijkertijd op het opmaken, de studie en de uitvoering van een project betrekking heeft, mogen die aannemers van overheidsopdrachten inzake ingenieurskunst, bouwkunst, studies en andere gelijkaardige, niet deelnemen aan de procedures voor de gunning van overheidsopdrachten voor aanneming van werken die zij zelf ontworpen, bestudeerd of voorbereid hebben. »

tude si l'obligation de cautionnement existe pour les marchés de prestations intellectuelles ou artistiques. Il pourrait être facultatif, et devenir obligatoire lorsque le marché est assorti d'une obligation de garantie.

— Le caractère *intuitu personae* du marché, lequel devrait faire naître certaines obligations particulières de la part du titulaire du marché. Ce dernier, nommé désigné, ne pourrait notamment se faire remplacer sans l'accord de la personne de droit public. Cette même règle pourrait être expressément prévue par le cahier des charges en ce qui concerne ses sous-traitants ou ses collaborateurs. S'il ne poursuit pas le travail, le marché pourrait être résolu de plein droit.

— Les modalités de paiement peuvent aussi revêtir certaines caractéristiques. On peut notamment concevoir que si le travail a été divisé en plusieurs phases distinctes, lesquelles doivent constituer des entités cohérentes, le titulaire pourrait être rétribué pour les phases achevées. Il devrait alors admettre que ses résultats partiels soient utilisés pour la poursuite du travail par un tiers.

— Les droits de propriété, d'exploitation, de reproduction de la personne de droit public et du titulaire du marché devraient être préalablement définis. Le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics « prestations intellectuelles », en vigueur en France, prévoit trois options possibles sous le chapitre « utilisation des résultats ». Un système similaire pourrait être imaginé en Belgique.

— Les règles déontologiques régissant l'exercice de certaines professions sont de stricte interprétation. Il apparaît en effet qu'à maintes reprises, les titulaires de marchés se prévalent de l'article 50 de l'arrêté royal du 22 avril 1977 et invoquent le règlement déontologique de leur profession pour imposer à la personne de droit public, lors de la conclusion du marché, des conditions dérogatoires à la réglementation générale. Il serait cependant logique que le titulaire d'un marché ne relève des règles déontologiques de sa profession que dans la mesure où le marché qu'il exécute correspond exactement à l'exercice de sa profession.

Ainsi, par exemple une étude de rentabilité financière, demandée à un avocat, fera l'objet d'un marché dont le cahier des charges ne devrait pas tenir compte du règlement de l'Ordre.

— La prédominance de l'apport intellectuel dans le cadre du marché pourrait se déterminer en fonction du coût des prestations prévues par ce marché. Le travail principal devant être de conception ou de création, on pourrait concevoir que la fourniture ou la

ting tot borgstelling bestaat voor de opdrachten van intellectuele of artistieke prestaties. Ze zou facultatief kunnen zijn, en verplicht worden wanneer de opdracht met een verplichting tot waarborg gepaard gaat.

— De aard *intuitu personae* van de opdracht, die bepaalde speciale verplichtingen zou moeten doen ontstaan in hoofde van de titularis van de opdracht. Die laatste, die met name aangeduid wordt, zou zich onder meer niet kunnen laten vervangen zonder de instemming van de publiekrechtelijke rechtspersoon. Diezelfde regel zou uitdrukkelijk in de algemene voorwaarden opgenomen kunnen worden voor wat zijn onderaannemers of medewerkers betreft. Als hij het werk niet voortzet, zou de opdracht van rechtswege verbroken kunnen worden.

— De wijze van betaling kan ook bepaalde eigen kenmerken vertonen. Indien het werk in verschillende onderscheiden fazen opgesplitst is, die coherente entiteiten dienen te vormen, zou de titularis voor de afgewerkte fazen vergoed kunnen worden. Hij zou dan moeten aanvaarden dat zijn gedeeltelijke resultaten voor de voortzetting van het werk aangewend worden door een derde.

— De eigendoms-, exploitatie- en reproductierechten van de publiekrechtelijke rechtspersoon en van de titularis van de opdracht zouden vooraf bepaald dienen te worden. Het bestek met de algemene administratieve bedingen, dat in Frankrijk van toepassing is op de overheidsopdrachten « intellectuele prestaties », voorziet in drie mogelijke opties inzake « aanwending van de resultaten ». Een gelijkaardig systeem zou in België kunnen worden ingevoerd.

— De deontologische regels die de uitoefening van bepaalde beroepen reglementeren, dienen strikt geïnterpreteerd te worden. Het blijkt immers dat de titularissen van opdrachten zich vaak beroepen op artikel 50 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 en het deontologisch reglement van hun beroep aanvoeren om aan de publiekrechtelijke rechtspersoon, bij de gunning van de opdracht, voorwaarden op te dringen die afwijken van de algemene reglementering. Het zou evenwel logisch zijn dat de titularis van een opdracht slechts aan de deontologische regels van zijn beroep onderworpen is, voor zover de opdracht die hij uitvoert, precies overeenstemt met de uitoefening van zijn beroep.

Zo zal bijvoorbeeld voor een studie van de financiële rendabiliteit die aan een advocaat gevraagd wordt, een opdracht gelden waarvan de algemene voorwaarden geen rekening dienen te houden met het reglement van de Orde.

— Het overwicht van de intellectuele inbreng bij een opdracht zou bepaald kunnen worden aan de hand van de kostprijs van de prestaties die in de opdracht vervat zijn. Daar de belangrijkste werkzaamheid uit conceptie en creatie dient te bestaan,

prestation d'ordre matériel ne puisse dépasser 35 % du coût global du marché.

L. DEFOSSET
W. DE VliegHERE
A. DUROI-VANHELMONT
J. LOONES
J. MICHEL
M. OLIVIER

PROPOSITION DE LOI

Article unique

Dans la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, il est inséré un nouvel article 5bis, libellé comme suit :

« Art. 5bis. — Les marchés publics de services, caractérisés par des prestations intellectuelles ou artistiques, ne peuvent être passés que dans les conditions déterminées par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres.

Ces conditions imposeront notamment :

- la fixation d'un cautionnement, du moins lorsque le marché est assorti d'une garantie;
- l'obligation pour le titulaire du marché d'accomplir personnellement la prestation, sous peine de résolution du marché;
- le fractionnement du paiement, spécialement en cas de division du marché en plusieurs phases distinctes;
- un mode de détermination des droits respectifs de la personne de droit public et du titulaire du marché sur l'ouvrage réalisé;
- la stricte limitation de l'applicabilité des règles déontologiques aux marchés qui correspondent exactement à l'exercice des professions considérées.

La prédominance de l'apport intellectuel dans le cadre du marché est établi lorsque la fourniture ou la prestation d'ordre matériel ne dépasse pas 35 % du coût global. »

7 mars 1991.

L. DEFOSSET
W. DE VliegHERE
A. DUROI-VANHELMONT
J. LOONES
J. MICHEL
M. OLIVIER

zou men kunnen stellen dat de levering of prestatie van materiële aard niet meer dan 35 % van de totale kosten van de opdracht mag bedragen.

WETSVOORSTEL

Enig artikel

In de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, wordt een nieuw artikel 5bis ingevoegd, luidend als volgt :

« Art. 5bis. — De overheidsopdrachten van diensten, gekenmerkt door intellectuele of artistieke prestaties, kunnen slechts gegund worden onder de voorwaarden bepaald bij een in Ministerraad overlegd koninklijk besluit.

Die voorwaarden leggen de volgende verplichtingen op :

- de vaststelling van een borgstelling ingeval de opdracht in een waarborg voorziet;
- de verplichting voor de persoon aan wie de opdracht gegund is, de prestatie persoonlijk uit te voeren, op straffe van verbreking van de opdracht;
- de opdeling van de betaling, in het bijzonder wanneer de opdracht in afzonderlijke delen is opgesplitst;
- de vaststelling van de wijze waarop de respectieve rechten van de publiekrechtelijke rechtspersoon en van de titularis van de opdracht op het uitgevoerde werk worden bepaald;
- de strikte beperking van de toepasbaarheid van de deontologische regels tot de opdrachten die volledig overeenstemmen met de uitoefening van de beoogde beroepen.

Het overwicht van de intellectuele inbreng in het kader van de opdracht staat vast wanneer de levering of de prestatie van materiële aard 35 % van de totale kosten niet overschrijdt. »

7 maart 1991.