

2527	STC PP	Kinésithérapie
2534	STC PP	Logopédie
2535	STC PP	Mécanique
2538	STC PP	Nursing/Soins infirmiers
2539	STC PP	Pharmacie
2540	STC PP	Photographie
2543	STC PP	Chimie
2546	STC PP	Sciences économiques/Sciences commerciales
2552	STC PP	Construction
2557	STC PP	Ergothérapie
2559	STC PP	Industrie agro-alimentaire
2561	STC PP	Energie/Environnement
2562	STC PP	Médecine vétérinaire
2563	STC PP	Tourisme
2569	STC PP	Vente
2572	STC PP	Assurance
2573	STC PP	Optométrie
2586	STC PP	Sciences sociales
2587	STC PP	Automation-robotique
2588	STC PP	Topographie
2601	STC CTPP	Coupe-couture
2602	STC CTPP	Economie domestique/Economie ménagère
8007	STL	Chargé de cours - Sciences commerciales/Sciences économiques
8009	STL	Chargé de cours - Chimie
8020	STL	Chargé de cours - Electronique
8025	STL	Chargé de cours - Informatique
8035	STL	Chargé de cours - Mécanique
8207	STL	Professeur - Sciences commerciales/Sciences économiques
8220	STL	Professeur - Electronique
8225	STL	Professeur - Informatique
8235	STL	Professeur - Mécanique
8243	STL	Professeur - Chimie

## REGION DE BRUXELLES-CAPITALE — BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

### REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

[C – 2018/15360]

**6 DECEMBRE 2018.** — Circulaire ministérielle relative aux contrats de quartiers durables opérations « investisseurs » (article 21, 1<sup>er</sup> alinéa, 2<sup>o</sup> de l’ordonnance organique de la revitalisation urbaine du 6 octobre 2016)

En octobre 2016, la Région s'est dotée d'une nouvelle réglementation concernant la revitalisation urbaine, en procédant à l'adoption de l'ordonnance organique de la revitalisation urbaine du 6 octobre 2016 (ci-après « ORU ») et d'arrêtés d'exécution spécifiques sur chacun de ses outils programmatiques.

Cette évolution réglementaire a également impacté les opérations immobilières des Contrats de Quartiers Durables, lesquelles sont désormais soumises à l'Arrêté du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 24 novembre 2016 relatif aux Contrats de quartier durable (ci-après, l'« AGRBC CQD »).

### BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

[C – 2018/15360]

**6 DECEMBER 2018.** — Ministeriële omzendbrief betreffende de duurzame wijkcontracten “investeerdersoperaties” (artikel 21, eerste lid, 2<sup>o</sup> van de ordonnantie van 6 oktober 2016 houdende organisatie van de stedelijke herwaardering)

In oktober 2016 heeft het Gewest nieuwe reglementeringen inzake de stedelijke herwaardering aangenomen, met name de ordonnantie van 6 oktober 2016 houdende organisatie van de stedelijke herwaardering (hierna “OSH” genoemd) en specifieke uitvoeringsbesluiten voor elk van zijn programma-instrumenten.

Deze reglementaire evolutie heeft ook een impact gehad op de vastgoedoperaties van de duurzame wijkcontracten, die nu onderworpen zijn aan het Besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 24 november 2016 betreffende de duurzame wijkcontracten (hierna “BBHR DWC”).

Dans le cadre des contrats de quartiers durables, la réalisation de certaines opérations immobilières implique l'intervention d'« investisseurs », publics ou privés, à qui la construction de logements ou d'autres espaces est confiée par la Commune, bénéficiaire du contrat de quartier durable. Ce sont les opérations dites « Investisseurs » visées à l'article 21, 1<sup>er</sup> alinéa, 2<sup>o</sup> ORU. Ces opérations étaient connues sous l'ère de la précédente ordonnance organique du 28 janvier 2010 de la revitalisation urbaine, comme les opérations « volet 2 ».

Etant donné l'évolution récente de la jurisprudence amenant à la requalification de certaines opérations de cession de droits réels immobiliers en marchés publics ou concessions de travaux, il me paraît important de clarifier, par la présente circulaire, les éléments en lien avec les opérations « investisseurs » des Contrats de Quartiers Durables.

### 1. Rappel des bases légales des opérations « investisseurs »

Les opérations « investisseurs » sont visées à l'article 21, 1<sup>er</sup> alinéa, 2<sup>o</sup> ORU comme suit :

« 2<sup>o</sup> opérations immobilières ayant pour objet l'acquisition de droits réels sur des biens immeubles, construits ou non, en vue de les mettre, le cas échéant après assainissement ou réhabilitation, à disposition d'investisseurs, pour les affecter principalement à du logement conventionné et accessoirement à des espaces commerciaux et productifs, ainsi que leurs accessoires immobiliers ; »

L'ORU définit « l'investisseur » comme étant toute « personne physique ou morale, de droit public ou de droit privé, qui acquiert des droits réels auprès d'un bénéficiaire, sur un bien immeuble subventionné dans le cadre d'une opération de revitalisation urbaine, en vue de l'affecter prioritairement aux logements conventionnés tels que visés à l'article 21, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> ». (Art. 2. 9<sup>o</sup> ORU).

Cette mise à disposition prend la forme d'une cession de droits réels sur un bien immeuble, qui peut être soit la cession pure et simple de sa propriété, soit la cession d'un droit réel démembré et temporaire sur celui-ci (tel qu'un droit de superficie ou un droit d'emphytéose). Il est en effet possible que des opérations « investisseurs » impliquent uniquement la cession d'un droit réel « temporaire », de superficie ou d'emphytéose, au terme duquel la Commune recouvre la propriété de l'immeuble construit. Ceci est notamment confirmé à l'article 43 de l'AGRBC CQD qui prévoit une disposition concernant le canon annuel en cas de cession de droits d'emphytéose. Si l'octroi d'un droit réel démembré est possible, celui-ci n'est pas obligatoire : la Commune choisit librement la nature du droit réel qu'elle entend céder à l'investisseur.

A cet égard, l'article 34, 1<sup>er</sup> alinéa, 4<sup>o</sup> de l'AGRBC CQD impose à la Commune de mentionner dans les documents de marché de l'opération le pourcentage de logements qu'elle entend reprendre en emphytéose auprès de l'investisseur après construction du bien par ce dernier. Cette disposition fixe un maximum de 75% de logements qui peuvent être repris en emphytéose par la Commune. Aucun minimum n'est imposé, au contraire. Par conséquent, si la Commune ne veut pas reprendre en emphytéose les logements construits par l'investisseur, elle indiquera dans les documents de marché que le pourcentage est de « 0 ».

L'investisseur est tenu de réaliser sur le bien cédé des travaux dans un certain délai, en vertu des dispositions suivantes :

\* ORU 2016, art. 10, al. 2 : « l'investisseur achève la construction ou la réhabilitation des biens immeubles subventionnés qui lui sont cédés par un bénéficiaire, dans les délais fixés par le Gouvernement, et au plus tard dans les cinquante mois à compter du lendemain du jour de la passation de l'acte authentique de cession des droits réels sur les biens immeubles subventionnés. » ;

\* AGRBC CQD, art. 43, § 2, 1<sup>er</sup> al., 1<sup>o</sup> : « la construction ou la réhabilitation doit être achevée dans un délai de trois ans prenant cours à la date de la notification de l'octroi du permis d'urbanisme et au plus tard dans le délai prévu à l'article 10 alinéa 2 de l'ordonnance »

De plus, l'investisseur n'est pas libre de disposer du bien à sa guise mais doit, conformément à l'article 10, al. 3 ORU et sous peine des sanctions prévues à l'article 14 § 8 ORU :

1<sup>o</sup> Soit occuper ou exploiter personnellement tout ou partie des logements, espaces commerciaux ou productifs, infrastructures de proximité, équipements collectifs des biens immeubles subventionnés qui lui sont cédés par le bénéficiaire ;

In het kader van de duurzame wijkcontracten, vraagt de totstandkoming van bepaalde vastgoedoperaties de tussenkomst van "investeerders", publiek of privaat, aan wie de bouw van woningen of andere ruimten wordt toevertrouwd door de gemeente, begunstigde van het duurzame wijkcontract. Dit zijn de zogenaamde "investeerdersoperaties" bedoeld in artikel 21, eerste lid, 2<sup>o</sup> OSH. Deze operaties stonden in het tijdperk van de vorige ordonnantie van 28 januari 2010 houdende organisatie van de stedelijke herwaardering bekend als de operaties "Luik 2".

Gezien de recente ontwikkelingen in de rechtspraak die hebben geleid tot de herkwalificatie van bepaalde operaties van overdracht van onroerende zakelijke rechten als overheidsopdracht of concessie voor werken, lijkt het mij belangrijk om in deze omzendbrief de elementen te verduidelijken die betrekking hebben op de investeerdersoperaties in de duurzame wijkcontracten.

### 1. Herinnering aan de juridische grondslagen van de investeerdersoperaties

De investeerdersoperaties worden in artikel 21, eerste lid, 2<sup>o</sup> OSH als volgt omschreven:

“2<sup>o</sup> vastgoedoperaties met als doel de verwerving van de zakelijke rechten op onroerende goederen, bebouwd of onbebouwd, met de bedoeling om deze, desgevallend na sanering of opwaardering, ter beschikking te stellen van investeerders, teneinde deze in hoofdzaak toe te wijzen aan geconventioneerde woningen en bijkomend aan commerciële en productieve ruimten en aanhorigheden.”

De OSH definieert “investeerder” als elke “natuurlijke persoon of rechtspersoon, publiek- of privaatrechtelijk, die van een begunstigde zakelijke rechten verwerft over een onroerend goed dat gesubsidieerd wordt in het kader van een operatie van stedelijke herwaardering, met de bedoeling om het goed bij voorrang te bestemmen voor geconventioneerde woningen zoals bedoeld in artikel 21, eerste lid, 2<sup>o</sup>”. (Art. 2. 9<sup>o</sup> OSH).

Deze bepaling neemt de vorm aan van een overdracht van zakelijke rechten op een onroerend goed, die hetzij de eenvoudige overdracht van de eigendom ervan kan zijn, hetzij de overdracht van een gesplitst en tijdelijk zakelijk recht erop (zoals een opstalrecht of erfpachtrecht). Het is inderdaad mogelijk dat investeerdersoperaties slechts de overdracht impliceren van een “tijdelijk” zakelijk recht, van opstal of erfpacht, waarbij aan het einde de gemeente de eigendom van het gebouw dat gebouwd werd, terugkrijgt. Dit wordt met name bevestigd in artikel 43 van het BBHR DWC, dat voorziet in een bepaling betreffende de jaarlijkse erfpachttrente in geval van overdracht van erfpachtrechten. Het mag dan al mogelijk zijn een gesplitst zakelijk recht toe te kennen, dit vormt echter geen verplichting: het staat de gemeente vrij de aard te kiezen van het zakelijk recht dat zij aan de investeerder wenst over te dragen.

In dat verband verplicht artikel 34, eerste lid, 4<sup>o</sup> van het BBHR DWC de gemeente om in de documenten van de opdracht het percentage woningen te vermelden dat zij van plan is na de bouw van het goed door de investeerder bij hem in erfpacht te nemen. Deze bepaling legt een maximum op van 75% woningen die door de gemeente in erfpacht kunnen worden genomen. Er wordt daarentegen geen minimumpercentage opgelegd. Bijgevolg zal de gemeente, indien zij de woningen die door de investeerder gebouwd zijn niet in erfpacht wil nemen, in de documenten van de opdracht aangeven dat het percentage “0” bedraagt.

De investeerder is verplicht om binnen een bepaalde termijn werkzaamheden aan het overgedragen goed uit te voeren, in overeenstemming met de volgende bepalingen:

\* OSH 2016, art. 10, tweede lid: “de investeerder voltooit de bouw of de renovatie van de gesubsidieerde onroerende goederen die hem door een begunstigde worden overgedragen binnen de door de regering gestelde termijn en ten laatste binnen vijftig maanden, te rekenen vanaf de dag volgend op de datum van het verlijden van de authentieke akte van overdracht van de zakelijke rechten op de gesubsidieerde onroerende goederen.”;

\* BBHR DWC, art. 43, § 2, eerste lid, 1<sup>o</sup>: “de bouw of renovatie moet voltooid zijn binnen een termijn van drie jaar vanaf de datum van de betekening van de afgifte van de stedenbouwkundige vergunning en uiterlijk binnen de termijn die is vastgelegd in artikel 10, lid 2 van de ordonnantie”.

Bovendien staat het de investeerder niet vrij om naar eigen goeddunken over het onroerend goed te beschikken, maar moet hij overeenkomstig artikel 10, derde lid OSH en op straffe van de in artikel 14, § 8 OSH bedoelde sancties:

1<sup>o</sup> ofwel persoonlijk alle of een deel van de woningen, commerciële of productieve ruimten, buurtsinfrastructuur of voorzieningen van collectief belang van de gesubsidieerde onroerende goederen die hem door de begunstigde worden afgestaan, bewonen of uitbaten;

2° Soit céder, à des tiers, des droits réels, notamment la propriété, sur tout ou partie des logements, espaces commerciaux ou productifs, infrastructures de proximité, équipements collectifs des biens immeubles subventionnés qui lui sont cédés par le bénéficiaire ;

3° Soit céder, à des tiers, des droits personnels, notamment la location, sur tout ou partie des logements, espaces commerciaux ou productifs, infrastructures de proximité, équipements collectifs des biens immeubles subventionnés qui lui sont cédés par le bénéficiaire. (Art. 10, al. 3 ORU).

La Commune peut d'ailleurs imposer, dans le cadre de la procédure de désignation de l'investisseur, que le bien à construire par ce dernier fasse, en tout ou partie, obligatoirement l'objet d'une occupation personnelle (telle que visée au 1°), ou au contraire d'une cession de droits réels (telle que visée au 2°), ou encore d'une cession de droits personnels (telle que visée au 3°), ou d'une combinaison de ces possibilités. La Commune peut également laisser à l'investisseur la liberté de choisir lui-même, parmi les 3 affectations autorisées par l'article 10, al. 3 ORU, l'affectation ou les affectations qu'il souhaite donner au bien construit.

L'investisseur ne peut, en tout état de cause, pas céder plus de droits qu'il n'en a reçus de la Commune. Tel sera notamment le cas lorsque la Commune lui a uniquement cédé un droit réel démembré.

L'article 10 ORU précise que l'investisseur est soumis aux mêmes obligations que le bénéficiaire des subventions. L'investisseur ne peut occuper ou faire occuper les logements créés que dans le respect des conditions, notamment de revenus, prescrites aux articles 43 et suivants de l'AGRBC CQD.

Par ailleurs, l'investisseur est également tenu, en application des articles 11 § 2 ORU et 49 AGRBC CQD, à des obligations en matière de gestion et d'exploitation des espaces commerciaux ou productifs, infrastructures de proximité ou équipements collectifs. Pour l'essentiel, il est requis que l'exploitation de ces espaces offre l'accès le plus large possible aux citoyens, dans des conditions financières abordables.

Ces obligations « s'appliquent, pour une période maximale de quinze ans à dater du premier acte d'acquisition du bien subventionné par l'investisseur, aux biens immobiliers subventionnés, aux investisseurs, aux acquéreurs de ces derniers et à leurs ayants droit, ainsi qu'aux occupants en vertu d'un droit personnel. » (Art. 9, § 2, al. 2 ORU)

## 2. Réglementation des marchés publics et des concessions de travaux

Il résulte de l'article 2.17°, 18° et 19° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qu'un marché public de travaux est défini comme un contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet :

a) Soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution, de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I de la loi;

b) Soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ;

c) Soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Un ouvrage est « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

Les concessions de travaux sont, quant à elles, définies à l'article 2, 7°, a) de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, comme étant :

« Un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.

i. Par "exécution de travaux", on entend :

\* Soit l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage ;

\* Soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage ;

\* Soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences définies par l'adjudicateur qui exerce une influence décisive sur le type d'ouvrage ou la conception de l'ouvrage;

2° ofwel de zakelijke rechten, met name de eigendom, op alle of een deel van de woningen, commerciële of productieve ruimten, buurtrajecturen of voorzieningen van collectief belang van de gesubsidieerde onroerende goederen die hem door de begunstigde worden overgedragen, overdragen aan derden;

3° ofwel de persoonlijke rechten, met name de verhuur, op alle of een deel van de woningen, commerciële of productieve ruimten, buurtrajecturen of voorzieningen van collectief belang van de gesubsidieerde onroerende goederen die hem door de begunstigde worden overgedragen, overdragen aan derden. (Art. 10, derde lid OSH).

De gemeente kan overigens in het kader van de procedure voor de aanstelling van de investeerder de verplichting opleggen dat het goed dat door deze laatst gebouwd zal worden, in zijn geheel of gedeeltelijk, persoonlijk bewoond zal worden (zoals bedoeld in 1°) of dat er een overdracht van zakelijke rechten (zoals bedoeld in 2°) of persoonlijke rechten (zoals bedoeld in 3°) plaats zal vinden, dan wel een combinatie van deze mogelijkheden. De gemeente kan ook de investeerder de mogelijkheid laten zelf te bepalen welke van de door artikel 10, derde lid OSH toegestane bestemmingen hij aan het gebouwde goed wenst toe te kennen.

De investeerder kan in elk geval niet meer rechten overdragen dan hij van de gemeente ontvangen heeft. Dat zal meer bepaald het geval zijn wanneer de gemeente hem enkel een gesplitst zakelijk recht overgedragen heeft.

Artikel 10 OSH bepaalt dat voor de investeerder dezelfde verplichtingen gelden als voor de begunstigde van de subsidies. De investeerder mag de gecreëerde woningen alleen bewonen of laten bewonen in overeenstemming met de voorwaarden, met name de inkomensvooraarden, die zijn voorgeschreven in de artikelen 43 en volgende van het BBHR DWC.

Daarnaast is de investeerder op grond van de artikelen 11, § 2 OSH en 49 BBHR DWC ook gebonden aan verplichtingen met betrekking tot het beheer en de uitbating van de commerciële of productieve ruimten, buurtrajecturen of voorzieningen van collectief belang. Het is in de eerste plaats noodzakelijk dat het gebruik van deze ruimten de burgers een zo ruim mogelijke toegang biedt, tegen betaalbare financiële voorwaarden.

Deze verplichtingen zijn "voor een maximumperiode van vijftien jaar vanaf de eerste aankoopakte van het goed gesubsidieerd door de investeerder, van toepassing op de gesubsidieerde onroerende goederen, de investeerders, de kopers van deze laatste en hun rechthebbenden, evenals op de bewoners krachtens een persoonlijk recht." (Art. 9, § 2, tweede lid OSH)

## 2. Reglementering van de overheidsopdrachten en concessies voor werken

Uit de artikelen 2.17°, 18° en 19° van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten volgt dat een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken wordt gedefinieerd als overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbesteders en die betrekking heeft op:

a) ofwel de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I bij de wet bedoelde werkzaamheden;

b) ofwel de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk;

c) ofwel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk.

Onder werk wordt verstaan: "het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".

De concessies voor werken worden in artikel 2, 7°, a) van de wet van 17 juni 2016 betreffende concessieovereenkomsten gedefinieerd als:

"een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een of meer aanbesteders werken laten uitvoeren door een of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van de overeenkomst vormt te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.

i. Onder "uitvoering van werken" wordt verstaan:

\* de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I bedoelde werkzaamheden, of van een werk;

\* het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I bedoelde werkzaamheden, of van een werk;

\* dan wel het verwezenlijken, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of op het ontwerp van het werk;

ii. Par "ouvrage", on entend le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ; (...)

L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ; »

### 3. Processus d'exécution et de mise en œuvre des opérations « investisseurs »

L'ORU prévoit plusieurs étapes dans l'exécution et la mise en œuvre des opérations « investisseurs » :

#### 1 - Phase 1 :

Dans le cadre d'une opération visée à l'article 21, al.1er, 2°, le bénéficiaire (= la Commune) acquiert des droits sur un terrain ou un immeuble, qu'il va ensuite mettre à disposition d'un tiers, qualifié d'investisseur, lequel sera chargé de construire ou rénover le bien immeuble en vue de l'affecter prioritairement à du logement conventionné. D'autres affectations ne sont pas exclues : elles doivent toutefois rester accessoires.

Le bénéficiaire, c'est à dire la Commune, pourra effectuer éventuellement les « actes et travaux conservatoires ou urgents » ainsi que les « travaux de viabilisation et de réhabilitation, dont l'assainissement en ce compris la démolition, le traitement des sols pollués et le désamiantage » avant cession des droits à un investisseur (art. 3, § 2, 3° et 4° de l'AGRBC CQD).

#### 2 - Phase 2 :

L'investisseur acquiert des droits réels auprès du bénéficiaire et sera chargé de construire ou rénover le bien immeuble en vue de l'affecter prioritairement à du logement conventionné dans des conditions strictes reprises notamment aux articles 9 § 2 et 10 ORU, ainsi qu'aux articles 42 à 49 AGRBC CQD.

La cession de droits peut avoir lieu, conformément aux articles 2, 9° et 10° ORU, uniquement entre le bénéficiaire (= la Commune) et l'investisseur.

Le prix de cession des droits réels est encadré par les articles 43 et suivants de l'AGRBC CQD :

« Le prix de la cession de droits réels du bénéficiaire à un investisseur, s'il y a lieu, ne pourra être inférieur au coût des études et travaux réalisés par le cédant conformément à l'article 3 § 2, 1°, 3° et 4°, augmenté, le cas échéant, de la valeur vénale des parties de l'immeuble qui ont une autre affectation que le logement, l'espace commercial ou l'espace productif.

En cas de cession de droits d'emphytéose, le canon annuel ne pourra, pendant les vingt-cinq premières années de l'emphytéose, être inférieur à un euro. Au terme de la vingt-cinquième année, le canon annuel sera révisé à un montant au moins égal à 4 pourcents de la valeur du terrain calculée sur base des prix du marché ; cette révision interviendra à l'échéance de toute nouvelle période de vingt-cinq ans. »

La valeur du terrain, sur base de laquelle la révision du montant du canon est calculée, est déterminée à la date de cette révision.

Le bénéficiaire doit par ailleurs assurer la publicité nécessaire, à toute opération « investisseurs » qu'il envisage de passer. L'article 33 de l'AGRBC CQD prévoit notamment l'affichage d'un avis de cession du bien sur le site lui-même.

En vertu du principe d'égalité de traitement, le bénéficiaire ne peut pas limiter l'accès à une opération « investisseurs » à certains groupes d'investisseurs, tels que par exemple uniquement les investisseurs publics. L'article 2.9° ORU définit la notion d'investisseur et met sur pied d'égalité les personnes physiques ou morales, de droit public ou privé.

ii. Onder "werk" wordt verstaan: het product van een geheel van bouw- of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen; (...)

De gunning van een concessie voor werken of voor diensten houdt de overdracht aan de concessiehouder in van het operationele risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten en dat het vraagrisico of het aanbodrisico of beide omvat. De concessiehouder wordt geacht het operationele risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is;

### 3. Uitvoeringsproces en tenuitvoerlegging van investeerdersoperaties

De OSH voorziet in verschillende fasen in de uitvoering en tenuitvoerlegging van investeerdersoperaties:

#### 1 - Fase 1:

In het kader van een operatie bedoeld in artikel 21, eerste lid, 2°, verwerft de begunstigde (= de gemeente) rechten op een perceel grond of een gebouw, die hij vervolgens ter beschikking stelt van een derde, aangeduid als investeerder, die verantwoordelijk zal zijn voor de bouw of de renovatie van het onroerend goed met het oog op de prioritair toewijzing ervan aan geconvenioneerde woningen. Andere bestemmingen zijn niet uitgesloten, maar dienen bijkomstig te blijven.

De begunstigde, d.w.z. de gemeente, zou eventueel "bewarende of dringende handelingen en werken" alsook werkzaamheden met het oog op "het bouwrijp maken en de renovatie, waaronder de sanering, met inbegrip van de afbraak, de behandeling van de verontreinigde bodems en de asbestverwijdering" kunnen verwezenlijken alvorens rechten aan een investeerder over te dragen (art. 3, § 2, 3° en 4° BBHR DWC).

#### 2 - Fase 2:

De investeerder verwerft zakelijke rechten van de begunstigde en zal verantwoordelijk zijn voor de bouw of renovatie van het onroerend goed met het oog op de prioritair affectatie voor geconvenioneerde woningen onder de strikte voorwaarden, zoals uiteengezet in artikel 9, § 2 en artikel 10 OSH, alsook in de artikelen 42 tot en met 49 BBHR DWC.

Overeenkomstig de artikelen 2, 9° en 10° OSH mogen rechten alleen worden overgedragen tussen de begunstigde (= de gemeente) en de investeerder.

De prijs van de overdracht van zakelijke rechten is geregeld in de artikelen 43 en volgende van het BBHR DWC:

“De prijs van de overdracht van zakelijke rechten van de begunstigde aan een investeerder mag niet lager zijn dan de kosten van de studies en werken die door de cedent werden uitgevoerd, overeenkomstig artikel 3, § 2, 1°, 3° en 4°, in voorkomend geval verhoogd met de verkoopwaarde van de delen van het gebouw die een andere bestemming hebben dan de woning, de commerciële- of productieve ruimte.

In geval van overdracht van erfachtrechtten mag de jaarlijkse erfachrentrechte gedurende de eerste vijfentwintig jaar van de erfachtrechte overeenkomst niet minder dan één euro bedragen. Na het verstrijken van het vijfentwintigste jaar zal de jaarlijkse erfachrentrechte worden herzien en op een bedrag worden gebracht dat ten minste 4 procent bedraagt van de waarde van het terrein berekend op basis van de marktprijs. Deze herziening zal na het verstrijken van iedere nieuwe periode van vijfentwintig jaar worden herhaald.”

De waarde van het terrein op basis waarvan de herziening van het bedrag van de erfachrentrechte wordt berekend, wordt op de datum van deze herziening bepaald.

De begunstigde moet ook zorgen voor de nodige publiciteit voor elke investeerdersoperatie die hij van plan is aan te gaan. Artikel 33 van het BBHR DWC voorziet met name in het plaatsen van een kennisgeving van overdracht van het goed op de site zelf.

Op grond van het beginsel van gelijke behandeling mag de begunstigde de toegang tot een investeerdersoperatie niet beperken tot bepaalde groepen investeerders, zoals bijvoorbeeld alleen publieke investeerders. Artikel 2. 9° OSH definieert het begrip investeerder en plaatst natuurlijke en rechtspersonen, publiekrechtelijk of privaatrechtelijk, op voet van gelijkheid.

## 3 - Phase 3 :

L'investisseur ne peut disposer de son bien que selon 3 possibilités :

\* Soit l'investisseur occupe personnellement le bien, en tout ou partie (art 10, al.3, 1<sup>o</sup> ORU). Il doit alors lui-même répondre aux conditions (notamment celles relatives aux revenus) au moment où il adresse son offre d'acquisition au bénéficiaire (art 10, 5e et 6e alinéas & AGRBC CQD – art 44 & 45)

\* Soit l'investisseur vend en tout ou partie le bien (art 10, al.3, 2<sup>o</sup> ORU) Dans ce cas l'acquéreur (appelé aussi « ayant droit » ou « cessionnaire de droit réels ») acquiert des droits réels auprès de l'investisseur et doit répondre, en ce qui concerne les logements, aux conditions minimales prévues à l'article 9 § 2, al. 3 ORU et aux articles 45 et 46 AGRBC CQD. Pour les espaces commerciaux et productifs, leur cession est soumise aux conditions des articles 11 § 2 ORU et 49 AGRBC CQD ;

\* Soit l'investisseur loue le bien, en tout ou partie (ORU art 10, al. 3,3° & AGRBC CQD art 47 & 48). Dans ce cas, les locataires des logements (aussi appelés « occupants » ou « preneurs ») doivent répondre aux conditions prévues en termes de revenus. Pour les espaces commerciaux et productifs, leur location est soumise aux conditions des articles 11 § 2 ORU et 49 AGRBC CQD.

Lorsque le bien est composé de plusieurs logements, espaces commerciaux ou productifs, l'investisseur peut disposer de ces parties du bien, suivant une ou plusieurs des trois possibilités ci-dessus.

Conformément aux articles 42, 44, 45 et 46 AGRBC CQD, toute cession de droits à un tiers (par exemple la revente du bien par l'investisseur à un acquéreur) qui ne répond pas aux critères de l'ORU - par exemple : dépassement des conditions de revenus, personne déjà propriétaire d'un bien ou ne relevant pas de l'impôt des personnes physiques - est interdite par l'ORU, même si ce dernier s'engage à louer les biens dans les conditions prévues pour ce type de logements (conditions de revenus et loyers plafonnés) ou espace commercial ou productif.

Les personnes qui acquièrent des droits réels auprès des investisseurs sont tenues aux mêmes dispositions que ces derniers, notamment en ce qui concerne les conditions de cession de droits sur les immeubles, les exigences en matière de gestion et d'exploitation des espaces commerciaux et productifs, les interdictions et sanctions et le droit de préemption (art. 10 al. 4 ORU).

L'article 14 § 8 alinéa 1<sup>er</sup> ORU contient les obligations et sanctions spécifiques aux investisseurs et à leurs ayants droit. Ces obligations pèsent sur les investisseurs et leurs ayants droit (les acquéreurs successifs) pendant une durée de quinze ans à dater de l'acte d'acquisition de droits réels sur le bien par l'investisseur (article 9 § 2 ORU).

#### 4. Evolution de la jurisprudence concernant les cessions de droits réels par des autorités publiques

L'état actuel de la jurisprudence ainsi que de la doctrine laisse subsister des incertitudes quant à la qualification juridique à donner aux opérations immobilières publiques, au vu des nombreuses formes que celles-ci peuvent prendre.

En regard de la jurisprudence de ces dernières années, une philosophie générale se dégage et impose de s'interroger quant à la manière de mettre en place les opérations « investisseurs » dans le cadre des contrats de quartiers durables.

Jusqu'à présent, les opérations « investisseurs » (ex-« volet 2 ») étaient réalisées au travers de cession de droits réels, généralement de gré à gré, avec rédaction d'un cahier des charges et une mise en publicité adéquate. Ces ventes de biens immeubles n'étaient pas considérées par les communes comme des marchés publics de travaux au motif que le pouvoir adjudicateur ne commandait pas les travaux réalisés par l'investisseur.

Toutefois, plusieurs exemples de décisions récentes confirment la requalification de telles opérations immobilières en marché public :

\* Tant provenant de la Cour européenne de Justice – notamment dans les dossiers de « La Scala de Milan (1) » ou de l'« Arrêt Helmut Muller (2) ». La Cour a considéré qu'il était judicieux de ne pas exclure l'application des directives relatives à la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services lorsqu'une procédure d'attribution a pour objet la vente d'un terrain qui fera, ultérieurement, l'objet d'un marché de travaux. Selon la Cour de Justice, afin de déterminer si une opération entre dans le domaine du droit des marchés publics de travaux, il convient de procéder à une analyse globale du projet afin de déterminer l'objet principal du contrat public. C'est dès lors l'objet principal du contrat qui détermine si le contrat administratif en question est ou non un marché public (3). De même, dans l'arrêt Jean Auroux (4), la Cour a jugé que « la circonstance qu'un pouvoir

## 3 - Fase 3:

De investeerder kan zijn goed slechts op 3 manieren ter beschikking stellen:

\* ofwel bewoont de investeerder persoonlijk het goed, geheel of gedeeltelijk (art. 10, derde lid, 1<sup>o</sup> OSH). Hij moet dan zelf aan de voorwaarden voldoen (met name op het gebied van inkomsten) op het ogenblik dat hij zijn aanbod tot verwerving aan de begunstigde kenbaar maakt (art. 10, vijfde en zesde lid & BBHR DWC - art. 44 & 45);

\* ofwel verkoopt de investeerder het goed geheel of gedeeltelijk (art. 10, derde lid, 2<sup>o</sup> OSH). In dit geval verwerft de koper (ook "rechthebbende" of "begunstigde van zakelijke rechten" genoemd) zakelijke rechten van de investeerder en moet hij, wat de woningen betreft, voldoen aan de minimumvooraarden die zijn vastgelegd in artikel 9, § 2, derde lid OSH en de artikelen 45 en 46 BBHR DWC. Voor commerciële en productieve ruimten is de overdracht onderworpen aan de voorwaarden van de artikelen 11, § 2 OSH en 49 BBHR DWC;

\* ofwel verhuurt de investeerder het goed geheel of gedeeltelijk (art. 10, derde lid, 3<sup>o</sup> OSH en art. 47 & 48 BBHR DWC). In dit geval moeten de huurders van de woningen (ook wel "bewoners" of "pachters" genoemd) voldoen aan de voorziene inkomensvooraarden. Voor commerciële en productieve ruimten is de verhuur ervan onderworpen aan de voorwaarden van de artikelen 11, § 2 OSH en 49 BBHR DWC.

Wanneer het goed bestaat uit meerdere woningen, commerciële of productieve ruimten, kan de investeerder beschikken over deze delen van het goed volgens een of meer van de drie bovenstaande mogelijkheden.

Overeenkomstig de artikelen 42, 44, 45 en 46 BBHR DWC is elke overdracht van rechten aan een derde (bv. doorverkoop van het goed door de investeerder aan een koper) die niet aan de criteria van de OSH voldoet - bv. overschrijding van de inkomensvooraarden, persoon die reeds een goed in eigendom heeft of die niet aan de personenbelasting is onderworpen - verboden door de OSH, zelfs indien deze zich ertoe verbindt de goederen te verhuren onder de voorwaarden die zijn vastgesteld voor dit soort woningen (inkomensvooraarden en geplante huur) of commerciële of productieve ruimte.

Voor personen die zakelijke rechten van investeerders verwerven, gelden dezelfde voorwaarden als voor deze investeerders, met name wat betreft de voorwaarden voor de overdracht van rechten op onroerend goed, de eisen voor het beheer en de uitbating van commerciële en productieve ruimten, de verbodsbeperkingen en sancties en het voorkooprecht (artikel 10, vierde lid OSH).

Artikel 14, § 8, eerste lid OSH bevat specifieke verplichtingen en sancties voor investeerders en hun rechthebbenden. Deze verplichtingen worden opgelegd aan de investeerders en hun rechthebbenden (opeenvolgende kopers) voor een periode van 15 jaar te rekenen vanaf de datum van verwerving van zakelijke rechten op het goed door de investeerder (artikel 9, § 2 OSH).

#### 4. Evolutie van de rechtspraak betreffende de overdracht van zakelijke rechten door overheidsinstanties

De huidige stand van de rechtspraak en de rechtsleer laat enige onzekerheid bestaan over de juridische kwalificatie die moet worden gegeven aan openbare vastgoedoperaties, gezien de vele vormen die deze kunnen aannemen.

In het licht van de rechtspraak van de voorbije jaren is er een algemene filosofie ontstaan die vraagt na te denken over de manier waarop investeerdersoperaties kunnen worden opgezet in het kader van duurzame wijkcontracten.

Tot nu toe werden investeerdersoperaties (voorheen "Luik 2") uitgevoerd via de overdracht van zakelijke rechten, over het algemeen onderhands, met opmaak van een lastenboek en naar behoren openbaar gemaakt. Deze verkopen van onroerende goederen werden door de gemeenten niet als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken beschouwd omdat de aanbestedende overheid geen opdracht had gegeven voor de door de investeerder uitgevoerde werkzaamheden.

Verschillende voorbeelden van recente beslissingen bevestigen echter de herkwalificatie van dergelijke vastgoedoperaties als overheidsopdrachten:

\* zowel van het Europees Hof van Justitie – met name in de zaken "La Scala de Milan (1)" of "Helmut Muller (2)". Het Hof achtte het passend de toepassing van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten niet uit te sluiten wanneer de aanbestedingsprocedure betrekking heeft op de verkoop van grond die later het voorwerp van een opdracht voor werken zal uitmaken. Volgens het Hof van Justitie moet, om vast te stellen of een verrichting binnen de werkingssfeer van het recht inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken valt, een algemene analyse van het project worden gemaakt om het voornaamste voorwerp van de opdracht te bepalen. Het is dus het hoofdvoorwerp van de overeenkomst dat bepaalt of de betrokken administratieve overeenkomst al dan niet een overheidsopdracht is (3). Evenzo heeft het

adjudicateur cherche à redynamiser un quartier urbain en y faisant réaliser, à son initiative, un pôle de loisirs, suffit pour considérer que cet ouvrage répond à ses besoins, même si elle n'en devient pas propriétaire ». (5)

\* Que du Conseil d'Etat – notamment les arrêts n° 240.043 et 240.044 du 30/11/2017 (6). Le Conseil d'Etat y a souligné « le fait que le projet soit cadre par la partie adverse dans un contrat de cession de droit réel sur des terres dont il a propriété, n'empêche pas qu'il s'agit d'une transaction visant à l'attribution d'un marché public. Bien qu'une transaction immobilière ne soit en principe pas sujette au droit des marchés publics, il n'est pas suffisant de cadre une opération de développement urbain définie et pensée par le pouvoir adjudicateur dans un contrat immobilier, pour échapper à la loi sur les marchés publics ».

La doctrine (7) confirme également que « Si l'opération de cession du droit de propriété ou d'un droit réel démembré (emphytéose, etc) ou la location d'un tel bien s'accompagne d'obligations imposées au prestataire économique qui constituent l'objet principal du contrat, par exemple la réhabilitation intégrale d'un site économique désaffecté cédé conformément aux prescriptions de l'autorité publique venderesse, la législation sur les marchés publics trouve néanmoins à s'appliquer. »

Suivant le préambule de la Directive 2014/24/EU du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (considérant n°9), « le fait que le contractant réalise tout ou partie de l'ouvrage par ses propres moyens ou qu'il en assure la réalisation par d'autres moyens ne devrait pas avoir d'incidence sur la qualification du marché en tant que marché de travaux, tant que le contractant a l'obligation directe ou indirecte, légalement exécutoire, de garantir la réalisation des travaux ».

Comme il sera explicité aux titres suivants, l'opération « investisseurs » sera généralement qualifiée de marché public (point 5). Dans certains cas d'exception, elle pourra être qualifiée de concession de travaux (point 6), voire de vente immobilière avec charges (point 7).

## 5. Qualification juridique des opérations « investisseurs » en marchés publics

La cession de droit réel conclue entre la Commune et l'investisseur, en application de l'ORU, est une opération qui présente plusieurs critères constitutifs des marchés publics. Il s'agit 1) d'un contrat ; 2) passé par un pouvoir adjudicateur ; 3) avec un opérateur économique (8).

Le contrat passé entre la Commune et l'investisseur dans le cadre d'une opération « investisseurs » d'un CQD implique l'exécution d'un ouvrage par l'investisseur (construire des logements). Cet ouvrage répond « aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception ». (art. 2.1.6.c - Directive 2014/24/EU)

En regard du processus des contrats de quartiers durables, il s'avère en effet que :

### 1- La Commune exerce une influence déterminante :

a. Dans la définition du projet et dans la conception de celui-ci, notamment lors de la phase d'élaboration du programme de base d'un CQD (localisation des opérations, fixation des priorités, description des opérations, urbanisation attendue, ...)

b. Dans la réalisation du projet : l'investisseur est juridiquement tenu de réaliser les travaux sur le terrain (délais de réalisation, obligations de gestion, sanctions et amendes, ...)

2- L'opération « investisseurs » répond à des besoins de la Commune :

a. Elle concerne la création de logements conventionnés encadrés (ou espaces commerciaux ou productifs) qui peut relever d'une réponse au besoin de « logements abordables » ou d'autres espaces souhaités par une entité publique ;

b. Certains auteurs confirment également qu'il y a un ouvrage répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur, même lorsque les besoins ne sont pas ceux du pouvoir adjudicateur mais bien « ceux de tiers, ce qui est le cas lorsque le pouvoir adjudicateur entend réaliser un ouvrage pour le compte ou au profit de tiers, comme des locataires sociaux ou moyens ou des entreprises. » (9)

c. De surcroit, il est possible, comme mentionné plus avant, que des opérations « investisseurs » impliquent uniquement la cession d'un droit « temporaire » de superficie ou d'emphytéose au terme duquel la Commune deviendra propriétaire de l'immeuble construit.

Hof in het arrest Jean Auroux (4), geoordeeld dat "de omstandigheid dat een aanbestedende overheid een stadswijk nieuw leven wil inblazen door er op eigen initiatief een vrijetijdscentrum te laten bouwen, volstaat om te oordelen dat dit werk in zijn behoeften voorziet, ook al wordt hij er geen eigenaar van"; (5)

\* als van de Raad van State - in het bijzonder de arresten nrs. 240.043 en 240.044 van 30/11/2017 (6). De Raad van State heeft benadrukt dat "het feit dat het project door de tegenpartij is opgezet in het kader van een overeenkomst voor de overdracht van zakelijke rechten op grond waarvan zij eigenaar is, niet verhindert dat het een transactie is die gericht is op de gunning van een overheidsopdracht. Hoewel een onroerendgoedtransactie in beginsel niet onder het recht inzake overheidsopdrachten valt, is het niet voldoende om een stadsontwikkelingsoperatie die door de aanbestedende dienst in een contract betreffende onroerend goed is omschreven en ontworpen, aan het recht inzake overheidsopdrachten te onttrekken".

In de rechtsleer (7) wordt ook het volgende bevestigd: "Indien de overdracht van het eigendomsrecht of van een opgesplitst zakelijk recht (erfpacht enz.) of de verhuur van een dergelijk goed vergezeld gaat van verplichtingen die aan de economische dienstverrichter worden opgelegd en die het voornaamste voorwerp van de opdracht vormen, bijvoorbeeld de volledige renovatie van een verlaten bedrijventerrein dat overeenkomstig de vereisten van de verkopende overheidsinstantie is overgedragen, is niettemin de wetgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing."

Volgens Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (overweging nr. 9) "Voor de vraag of een opdracht aan te merken is als een opdracht voor werken maakt het niet uit of de aannemer het werk geheel of ten dele zelf uitvoert, of het door een ander laat uitvoeren, mits de aannemer een directe of indirecte, in rechte afdwingbare verbintenis aangaat erop toe te zien dat de werken worden uitgevoerd."

Zoals in de volgende titels verduidelijkt wordt, zal de investeerdersoperatie over het algemeen aangeduid worden als overheidsopdracht (punt 5). In een aantal uitzonderlijke gevallen zal ze niettemin aangeduid kunnen worden als concessie voor werken (punt 6) of als verkoop van vastgoed met lasten (punt 7).

### 5. Juridische kwalificatie van de investeerdersoperaties als overheidsopdracht

De overdracht van zakelijke rechten tussen de gemeente en de investeerder in het kader van de OSH is een transactie die aan verschillende constitutieve criteria van overheidsopdrachten voldoet. Het gaat om 1) een overeenkomst; 2) die door een aanbestedende overheid gesloten wordt; 3) met een ondernemer (8).

De overeenkomst gesloten tussen de gemeente en de investeerder in het kader van een investeerdersoperatie van een duurzaam wijkcontract impliceert de uitvoering van een werk door de investeerder (bouwen van woningen). Dat werk voldoet "aan de eisen van de aanbestedende dienst die een bepalende invloed uitoefent op de aard of het ontwerp ervan". (art. 2.1.6.c - Richtlijn 2014/24/EU)

Met betrekking tot het proces van duurzame wijkcontracten blijkt dat:

#### 1- De gemeente een beslissende invloed uitoefent:

a. bij de omschrijving en het ontwerp van het project, met name tijdens de ontwikkelingsfase van het basisprogramma van een duurzaam wijkcontract (plaats van de operaties, vaststelling van de prioriteiten, beschrijving van de operaties, verwachte stadsontwikkeling, enz.);

b. bij de verwezenlijking van het project: de investeerder is juridische verplicht om de werken op het terrein uit te voeren (uitvoeringstermijnen, beheersverplichtingen, sancties en boetes, enz.).

2- De investeerdersoperatie beantwoordt aan de behoeften van de gemeente:

a. het betreft de bouw van omkaderde geconventioneerde woningen (of commerciële of productieve ruimten), die een antwoord kunnen bieden op de behoefte aan "betaalbare huisvesting" of andere door een overheidsinstantie gewenste ruimten;

b. sommige auteurs bevestigen ook dat er sprake is van een werk dat in de behoeften van de aanbestedende dienst voorziet, zelfs wanneer de behoeften niet die van de aanbestedende dienst zijn, maar "die van derden, wat het geval is wanneer de aanbestedende dienst voornemens is een werk uit te voeren voor of ten behoeve van derden, zoals sociale of gemiddelde huurders of ondernemingen." (9)

c. bovendien is het, zoals hierboven aangegeven, mogelijk dat investeerdersoperaties slechts de overdracht impliceren van een "tijdelijk" recht van opstal of erfpacht waarbij aan het einde de gemeente eigenaar wordt van het gebouw dat gebouwd werd.

3- Les opérations « investisseurs » sont des opérations à titre onéreux car elles incluent la prise en charge par la Commune d'une contrepartie (indirecte) des travaux par la mise à disposition d'investisseurs des terrains à un prix inférieur à celui du marché (art. 43 § 1<sup>er</sup> AGRBC CQD). Cette réduction de prix est précisément octroyée en raison des travaux et obligations qui sont imposées à l'investisseur. Il y a donc contrepartie offerte pour l'exécution d'un ouvrage.

Le fait que la Commune n'acquière pas, dans une série d'opérations immobilières, la propriété des ouvrages construits n'est pas un indice suffisant qui permet de conclure à l'absence de marché public ou de concession. En effet, la Cour de justice n'exige pas, pour conclure à l'existence de cet intérêt économique, que le droit de propriété des travaux ou de l'ouvrage revienne nécessairement au pouvoir adjudicateur (10).

En conclusion, il apparaît que les opérations « investisseurs » au sens de l'article 21, 2<sup>o</sup> de l'ORU constituent généralement des marchés publics de travaux, dès lors qu'il s'agit d'un contrat onéreux entre une commune et un opérateur économique ayant pour objet la réalisation de travaux ou d'un ouvrage répondant aux besoins de la Commune.

La soumission aux règles des marchés publics de travaux s'applique également, dans les conditions fixées à l'article 21 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lorsque l'opération « investisseurs » s'apparente à un marché mixte, mêlant indissociablement des éléments de marché public à des éléments soumis à un autre régime juridique.

Dans ces circonstances, je recommande aux communes de respecter la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics lorsqu'elles concluent des opérations « investisseurs », dès lors que celles-ci impliquent la réalisation de travaux par l'investisseur.

Ceci signifie notamment qu'il faudra respecter les règles de passation des marchés publics, lors de la conclusion de telles opérations, dont la mise en œuvre de mesures de publicité de l'opération avant son lancement.

Ainsi, la Commune publiera :

\* un avis de marché uniquement au Bulletin des Adjudications, dès lors que la valeur de la dépense liée à l'opération est égale ou supérieure au montant inscrit à l'article 11, alinéa 1er, 2<sup>o</sup>, de l'arrêté du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (11) et que la valeur estimée du marché est inférieure au seuil de publicité européenne inscrit à l'article 11, alinéa 1er, 1<sup>o</sup>, de l'arrêté du 18 avril 2017 précité. (12) ;

\* un avis de marché au supplément du Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications, dès lors que la valeur estimée de l'opération est égale ou supérieure au seuil de publicité européenne susmentionné ;

En outre, quelle que soit la valeur de l'opération, la Commune sera tenue de procéder au plus tôt, mais en tout état de cause après les publications visées à l'alinéa précédent, à l'affichage aux abords du bien concerné et à la maison communale pendant une durée minimale de trente jours, d'un avis informant de sa volonté de procéder à une opération « investisseurs », conformément à l'article 33 AGRBC CQD.

En vue de déterminer la valeur de l'opération, la Commune réalisera une estimation du montant du marché conformément aux articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

La valeur estimée de l'opération correspondra à l'ensemble des recettes directes ou indirectes, émanant ou non de la Commune, que, dans la meilleure des hypothèses l'investisseur peut obtenir dans le cadre de cette opération (13).

Afin d'illustrer la manière dont une Commune doit calculer la valeur d'une opération « investisseurs », l'exemple suivant est donné :

\* Une Commune possède un terrain d'une valeur de 500.000 EUR, sur lequel elle fait des travaux de viabilisation de 100.000 EUR. La Commune vend ce terrain viabilisé à un investisseur pour le prix de 400.000 EUR. Eu égard au projet envisagé, l'investisseur devra construire sur le terrain 10 logements, pour une surface brute totale de 1.000 m<sup>2</sup>. En outre, les logements produits devront être vendus à un prix ne pouvant excéder 1.850 EUR/m<sup>2</sup>. La valeur de l'opération « investisseurs » correspondra, dans cet exemple, à la somme des montants suivants :

\* Avantage sur le prix d'achat du terrain, à savoir la différence entre la valeur réelle et la valeur d'acquisition :

$$(500.000 \text{ EUR} + 100.000 \text{ EUR}) - 400.000 \text{ EUR}$$

$$= 200.000 \text{ EUR.}$$

3- Investeerdersoperaties transacties zijn onder bezwarende titel, omdat de gemeente (indirect) een tegenprestatie stelt door grond tegen een lagere prijs dan de marktprijs ter beschikking van de investeerders te stellen (art. 43, § 1 BBHR DWC). Deze prijsverlaging is net toegestaan als gevolg van de aan de investeerder opgelegde werkzaamheden en verplichtingen. Voor de uitvoering van een werk wordt dus een tegenprestatie geleverd.

Het feit dat de gemeente in een reeks vastgoedoperaties geen eigendom van de bouwwerken verwerft, is geen voldoende aanwijzing om te besluiten dat er geen sprake is van een overheidsopdracht of concessie. Om te besluiten dat er sprake is van een dergelijk economisch belang, eist het Hof van Justitie niet dat het eigendomsrecht op de werkzaamheden of het werk noodzakelijkerwijs terugkeert naar de aanbestedende dienst (10).

Concluderend kan worden gesteld dat investeerdersoperaties in de zin van artikel 21, tweede lid OSH over het algemeen overheidsopdrachten zijn, vermits het gaat om een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een gemeente en een ondernemer met als doel werkzaamheden of een werk uit te voeren die aan de behoeften van de gemeente voldoen.

De onderwerping aan de regelen van toepassing op overheidsopdrachten geldt eveneens, onder de in artikel 21 van de wet van 17 juni 2016 vastgestelde voorwaarden, wanmeer de investeerdersoperatie gelijkenis vertoont met een gemengde opdracht en elementen eigen aan een overheidsopdracht onlosmakelijk mengt met elementen die onder een ander rechtsregeling vallen.

In deze omstandigheden raad ik aan dat de gemeenten zich houden aan de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten wanneer ze investeerdersoperaties sluiten, aangezien deze betrekking hebben op het uitvoeren van werken door de investeerder.

Dit betekent met name dat de regelen voor het plaatsen van overheidsopdrachten moeten worden geëerbiedigd bij het sluiten van dergelijke operaties, waaronder de uitvoering van regelen van openbaarmaking voorafgaand aan de operatie.

Zo zal de gemeente:

\* uitsluitend in het Bulletin der Aanbestedingen een aankondiging van opdracht bekendmaken, als de waarde van de uitgave voor de operatie gelijk is aan of meer bedraagt dan het bedrag vermeld in artikel 11, eerste lid, 2<sup>o</sup> van het besluit van 18 april 2017 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (11) en de geraamde waarde van de opdracht lager is dan de Europese bekendmakaardsdrempel vermeld in artikel 11, eerste lid, 1<sup>o</sup> van het voormelde besluit van 18 april 2017; (12)

\* een aankondiging van opdracht bekendmaken in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen, als de geraamde waarde van de operatie gelijk is aan of meer bedraagt dan de hierboven vermelde Europese bekendmakaardsdrempel.

Bovendien moet de gemeente, ongeacht de waarde van de operatie, zo vlug mogelijk maar in elk geval na de in het vorige lid bedoelde bekendmakingen, overgaan tot het plaatsen van een bericht in de buurt van het betrokken goed en bij het gemeentehuis gedurende een periode van ten minste dertig dagen, waarin zij zich bereid verklaart een investeerdersoperatie aan te gaan, overeenkomstig artikel 33 BBHR DWC.

Om de waarde van de operatie te kunnen bepalen, zal de gemeente een raming van het bedrag van de opdracht laten uitvoeren, overeenkomstig de artikelen 6 en 7 van het bovengenoemde koninklijk besluit van 18 april 2017.

De geraamde waarde van de operatie stemt overeen met alle directe en indirecte inkomsten, al dan niet afkomstig van de gemeente, die de investeerder in het gunstigste geval kan verkrijgen uit de operatie (13).

Ter illustratie van hoe een gemeente de waarde van een investeerdersoperatie moet berekenen, wordt het volgende voorbeeld gegeven:

Een gemeente bezit een terrein met een waarde van 500.000 EUR, waarop ze werkzaamheden om het terrein bouwrijp te maken laten uitvoeren ter waarde van 100.000 EUR. De gemeente verkoopt het bouwrijpe terrein aan een investeerder voor de prijs van 400.000 EUR. Rekening houdend met het geplande project zal de investeerder op het terrein 10 woningen moeten bouwen, voor een totale bruto-oppervlakte van 1.000 m<sup>2</sup>. Bovendien zullen de gecreëerde woningen verkocht moeten worden aan een prijs die niet hoger mag zijn dan 1.850 EUR/m<sup>2</sup>. De waarde van de investeerdersoperatie stemt in dit voorbeeld overeen met de som van de volgende bedragen:

\* Voordeel op de aankoopsprijs van het terrein, d.i. het verschil tussen de reële waarde en de aankoopswaarde:

$$(500.000 \text{ EUR} + 100.000 \text{ EUR}) - 400.000 \text{ EUR}$$

$$= 200.000 \text{ EUR.}$$

\* Le prix de vente maximum des logements :  $1.000 \text{ m}^2 \times 1.850 \text{ EUR/m}^2$   
 = 1.850.000 EUR.  
 Soit à un total de 2.050.000 EUR.

L'opération « investisseurs » sera passée suivant l'une des procédures autorisées par la réglementation des marchés publics. Si, en fonction de la singularité de l'opération, la Commune peut identifier des circonstances permettant, conformément à la loi du 17 juin 2016, le recours à une procédure négociée, il est opportun de privilégier le recours à un tel mode de passation.

Eu égard aux spécificités des opérations « investisseurs », l'attention des communes est attirée sur l'importance d'une rédaction rigoureuse et minutieuse des clauses contractuelles afférents à ces opérations. En particulier, les clauses d'exécution d'un marché public ayant pour objet une opération « investisseurs » devront être précisées et adaptées dans les limites fixées par les règles générales d'exécution applicables aux marchés publics, afin de tenir compte des obligations découlant de l'ORU et de l'AGRBC CQD. Il en sera ainsi par exemple pour les clauses relatives au cautionnement, pour celles relatives aux réceptions, technique, provisoire et définitive, ou encore pour les clauses organisant la division de l'opération en plusieurs phases d'exécution successives ainsi que fixant les délais d'exécution partiels de chacune de ces phases.

En outre, même si la réglementation des marchés publics fixe les conditions dans lesquelles de tels contrats peuvent être modifiés sans nouvelle mise en concurrence (14) et apporte à cet égard une clarté certaine quant aux hypothèses de modifications, il n'en demeure moins que dans le cadre de certaines de ces hypothèses (15), les documents du marché devront en préciser les contours et/ou les modalités d'application. Il s'ensuit que l'opportunité d'intégrer des clauses de réexamen dans les documents du marché et de fixer le champ d'application et la nature des modifications que ces clauses envisagent sont des questions qu'il y a lieu d'appréhender avec le plus grand sérieux au moment de la fixation des conditions d'un marché public de longue durée, tel que relève la plupart des opérations investisseurs.

## 6. Qualification juridique des opérations « investisseurs » en concessions de travaux

Dans certains cas de figure, l'opération pourrait être qualifiée de concession de travaux et soumise aux dispositions de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

La concession de travaux se distingue du marché public de travaux par le fait que la contrepartie de l'opération consiste dans le droit d'exploiter l'immeuble, étant entendu que la Commune transfère un risque d'exploitation significatif à l'investisseur.

Tel pourrait être le cas lorsque la Commune cède à l'investisseur un droit réel démembré sur le bien et lui impose de louer, à ses risques, les logements et espaces construits pendant une certaine durée.

J'attire toutefois l'attention expresse des Communes sur le danger de la qualification de l'opération en concession de travaux. Les exigences de passation des concessions de travaux étant plus souples que celles des marchés publics de travaux, toute contestation de cette qualification pourrait aboutir à la remise en cause de la validité de l'opération.

Ainsi, il n'est pas juridiquement acquis, sur base de la jurisprudence et la doctrine actuelle (16), que la vente par un investisseur de logements et espaces qu'il a construits sur un bien dont la propriété lui a été cédée, constitue une exploitation d'ouvrage au sens de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

De même, le transfert d'un risque significatif à l'investisseur peut être contesté lorsque la Commune réduit considérablement la valeur de cession du bien, ou qu'elle assure à l'investisseur la prise en charge de certains frais de construction, ou encore qu'elle accepte de lui racheter ou prendre en emphytéose (17) tout ou partie de l'immeuble construit au terme de l'opération.

Enfin, les opérations mixtes, incluant des éléments de marché public et des éléments de concession, sont légalement soumis aux règles de marchés publics, en application de l'article 21 § 3, al. 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

En cas de doute sur la qualification d'une opération, les Communes sont donc invitées à privilégier le respect des règles de passation des marchés publics.

\* De maximale verkoopprijs van de woningen:  $1.000 \text{ m}^2 \times 1.850 \text{ EUR/m}^2$   
 = 1.850.000 EUR.  
 Hetzij een totaal van 2.050.000 EUR.

De investeerdersoperatie zal verlopen volgens een van de procedures waarin de regelgeving op overheidsopdrachten voorziet. Indien de gemeente, omwille van het bijzondere karakter van de operatie, omstandigheden kan inroepen die overeenkomstig de wet van 17 juni 2016 toelaten gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure, is het wenselijk deze wijze van gunning te verkiezen.

Gelet op de specifieke kenmerken van de investeerdersoperaties wordt de aandacht van de gemeenten gevestigd op het belang uiterst zorgvuldig en nauwkeurig te werk te gaan bij de opmaak van de contractuele belangen met betrekking tot deze operaties. In het bijzonder zullen de bepalingen inzake de uitvoering van overheidsopdrachten die een investeerdersoperatie als voorwerp hebben, verduidelijkt en aangepast moeten worden binnen de grenzen bepaald door de algemene uitvoeringsregels die van toepassing zijn op de overheidsopdrachten, teneinde rekening te houden met de verplichtingen die voortvloeien uit de OSH en het BBHR DWC. Dit geldt bijvoorbeeld voor de bepalingen betreffende de borgstelling, deze betreffende de technische, voorlopige en de definitieve oplevering, alsook voor de bepalingen die de opdeling van de operatie in meerdere opeenvolgende uitvoeringsfasen organiseren en de partiële uitvoeringstermijnen voor elk van deze fasen vastleggen.

Bovendien neemt het feit dat de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten de voorwaarden bepaalt waaronder dergelijke overeenkomsten gewijzigd kunnen worden zonder nieuwe oproep tot mededinging (14) en wat dat betreft onbetwistbaar voor duidelijkheid zorgt in verband met de wijzigingshypothesen, toch niet weg dat in het kader van een aantal van deze hypothesen (15) de documenten inzake de opdracht de contouren en de nadere regels voor de toepassing ervan zullen moeten verduidelijken. Daaruit volgt dat de wenselijkheid om herzieningsclausules in de documenten van de opdracht op te nemen en het toepassingsgebied en de aard van de wijzigingen die deze clausules beogen te bepalen, materies zijn die met de allergrootste ernst benaderd dienen te worden op het ogenblik dat de voorwaarden van een overheidsopdracht van lange duur vastgelegd worden, zoals blijkt uit het merendeel van de investeerdersoperaties.

## 6. Juridische kwalificatie van de investeerdersoperaties als concessie voor werken

In sommige gevallen zou de operatie aangeduid kunnen worden als concessie voor werken en onderworpen kunnen worden aan de bepalingen van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten.

De concessie voor werken verschilt van de overheidsopdracht voor werken door het feit dat de tegenprestatie van de operatie gevormd wordt door het recht het gebouw uit te baten, met dien verstande dat de gemeente een belangrijk uitbatingsrisico overdraagt aan de investeerder.

Dat zou het geval kunnen zijn wanneer de gemeente een gesplitst zakelijk recht op het goed overdraagt aan de investeerder en hem verplicht op zijn risico de gebouwde woningen en ruimten voor een bepaalde tijd te huren.

Ik vestig evenwel uitdrukkelijk de aandacht van de gemeenten op het gevaar dat aan de kwalificatie van de operatie als concessie voor werken vasthangt. Omdat de vereisten voor het gunnen van concessies voor werken soepeler zijn dan deze bij overheidsopdrachten, zou elke betwisting van deze kwalificatie aanleiding kunnen geven tot het in vraag stellen van de geldigheid van de operatie.

Zo staat het op basis van de huidige rechtspraak en rechtsleer (16) juridisch niet vast dat de verkoop door een investeerder van woningen en ruimten die hij gebouwd heeft op een goed waarvan de eigendom aan hem is overgedragen een uitbating van een werk vormt in de zin van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten.

Zo ook kan de overdracht van een belangrijk risico op de investeerder betwist worden wanneer de gemeente de overdrachtwaarde van het goed aanzienlijk verminderd of wanneer zij de investeerder verzekert bepaalde bouwkosten voor haar rekening te nemen of wanneer ze aanvaardt na afloop van de operatie het gebouwde gebouw in zijn geheel of gedeeltelijk van de investeerder terug te kopen of in erfpacht te nemen (17).

Tot slot zijn de gemengde operaties, die elementen omvatten van een overheidsopdracht en van een concessie, in toepassing van artikel 21, § 3, vierde lid van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten wettelijk onderworpen aan de regels voor overheidsopdrachten.

Ingeval er twijfel bestaat over de kwalificatie van een operatie worden de gemeenten dus verzocht de naleving van de regels voor de plaatsing van overheidsopdrachten te verkiezen.

## 7. Qualification juridique des opérations « investisseurs » en vente immobilière avec charges

Lorsque la Commune impose que le(s) logement(s) à construire soit occupé(s) personnellement par l'investisseur, ce dernier ne sera pas à considérer comme un opérateur économique, mais il sera un particulier ou un groupement de particuliers qui souhaite(nt) occuper le(s) logement(s) créé(s).

L'investisseur n'agira donc pas comme un opérateur économique dans le cadre d'une activité professionnelle de conception et/ou l'exécution de travaux ou d'ouvrages « sur le marché », au sens des articles 2, 10<sup>e</sup> de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et 2, 6<sup>e</sup> de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

Dans cette hypothèse, l'opération « investisseurs » ne devra pas être qualifiée de marché public ou de concession de travaux. Il s'agira d'une vente immobilière, avec charges.

Même si elle n'est pas soumise aux exigences de la réglementation des marchés publics ou des contrats de concession, cette vente devra être passée dans le respect des principes généraux d'égalité de traitement, de transparence, de proportionnalité et de non-discrimination.

Il conviendra également de se soumettre aux dispositions spécifiques régissant la vente d'immeuble par les Communes. (18)

## 8. Conclusion

Au vu des éléments décrits ci-dessus, nous vous recommandons dorénavant de mettre en oeuvre les opérations dites « Investisseurs » (ex-opérations « volet 2 ») reprises à l'article 21, 1<sup>er</sup> alinéa, 2<sup>e</sup> de l'ORU, en étant particulièrement attentifs à la qualification juridique de cette opération.

La désignation de l'investisseur devra avoir lieu, sauf exceptions visées aux points 6 et 7, conformément aux dispositions applicables en matière de marchés publics de travaux.

Les Communes redoubleront de prudence lorsqu'elles envisagent de recourir à d'autres types de contrat que les marchés publics.

Bruxelles, le 6 décembre 2018.

Le Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-capitale, chargé des Pouvoirs locaux, du Développement territorial, de la Politique de la ville, des Monuments et Sites, des Affaires étudiantes, du Tourisme, de la Fonction publique, de la Recherche scientifique et de la Propriété publique,

R. VERVOORT

### Notes

1 CJUE, arrêt du 12 juillet 2001, C-399/98 - Ordine degli Architetti e.a.

2 CJUE, arrêt du 25 mars 2010, C-451/08 - Helmut Müller.

3 C-331/92, 19 avril 1994, Rec., p. I-1329

4 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne,

5 Voir aussi CJUE, arrêt du 25 mai 2011, C-306/08, Commission / Espagne et CJUE, arrêt du 10 juillet 2014, C—213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA ; CJUE, arrêt du 11 juillet 2013, C-576/10, Commission Pays-Bas

6 Fin 2017, la XII chambre du Conseil d'état a rendu deux arrêts (30/11/2017) intéressants qui requalifient en marché public de travaux des cessions de droits réels sur des terrains, conclues entre une société publique et des investisseurs privés, dès lors que ces derniers étaient chargés de construire sur les terrains cédés des nouveaux quartiers de logements et commerces. Le Conseil d'état y considère que la société publique ne s'est pas limitée à une simple cession de droits réels, incluant des impositions générales de nature urbanistique, mais a en réalité demandé que divers besoins techniques et financiers spécifiques soient remplis par le partenaire privé. (Voir pages 12 et suivantes de l'arrêt 240.043). Dans le second arrêt (arrêt n°240.044), le Conseil d'Etat a rejeté l'argument de la société publique suivant lequel l'absence de transfert de la propriété des bâtiments construits à ladite société publique permettrait de considérer qu'il n'y a pas marché.

7 P. NIHOUL, Eléments de droit public de l'économie, Larcier, 2017, p.122.

8 Lorsque l'opération est passée avec un investisseur qui n'est pas un opérateur économique public ou privé professionnel, mais un particulier ou un groupement de particuliers qui a pour objectif exclusif d'occuper personnellement le(s) logement(s) créé(s), cette dernière condition sera considérée comme n'étant pas remplie. Cfr point 7.

9 F. VISEUR et S. BEN MESSAOUD, Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013, Larcier, 2013, p. 202.

## 7. Juridische kwalificatie van de investeerdersoperaties als verkoop van vastgoed met lasten

Wanneer de gemeente de investeerder verplicht de te bouwen woning(en) persoonlijk te bewonen, zal deze niet beschouwd worden als een ondernemer, maar wel als een particulier of groep particulieren die de gecreëerde woning(en) wenst te bewonen.

De investeerder zal dus niet handelen als een ondernemer die in het kader van een beroepsactiviteit werken of een werk ontwerpt en/of uitvoert "op de markt" in de zin van de artikelen 2,10<sup>e</sup> van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en 2, 6<sup>e</sup> van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten.

In dat geval zal de investeerdersoperatie niet als overheidsopdracht of concessie voor werken gekwalificeerd worden, maar wel als verkoop van vastgoed met lasten.

Ook al is deze verkoop niet onderworpen aan de verplichtingen van de regelgeving inzake overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten, toch zal hij plaats moeten vinden met naleving van de algemene beginselen inzake gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit en non-discriminatie.

Verder zullen ook de specifieke bepalingen die de verkoop van gebouwen door de gemeenten regelen, gerespecteerd moeten worden. (18)

## 8. Conclusie

In het licht van de hierboven beschreven elementen, raden wij u aan om de zogenaamde "investeerdersoperaties" (vroegere operaties "Luik 2") vermeld in artikel 21, eerste lid, 2<sup>e</sup> van de OSH te implementeren met een bijzondere aandacht voor de juridische kwalificatie van deze operatie.

Behoudens de in de punten 6 en 7 bedoelde uitzonderingen, zal de aanwijzing van de investeerder plaatsvinden in overeenstemming met de bepalingen die van toepassing zijn op de overheidsopdrachten voor werken.

De gemeenten zullen extra voorzichtig te werk gaan wanneer zij overwegen hun toevlucht te nemen tot andere soorten overeenkomsten dan de overheidsopdracht.

Brussel, 6 december 2018.

De Minister-President van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering, belast met Plaatselijke Besturen, Territoriale Ontwikkeling, Stedelijk Beleid, Monumenten en Landschappen, Studentenaangelegenheden, Toerisme, Openbaar Ambt, Wetenschappelijk Onderzoek en Openbare Netheid,

R. VERVOORT

### Nota's

1 HvJ-EU, arrest 12 juli 2001, C-399/98 - Ordine degli Architetti e.a.

2 HvJ-EU, arrest 25 maart 2010, C-451/08 - Helmut Müller.

3 C-331/92, 19 april 1994, Rec., p. I-1329

4 HvJ-EU, 18 januari 2007, C-220/05, Aurox / Roanne,

5 Zie ook HvJ-EU, arrest 25 mei 2011, C-306/08, Commissie / Spanje en HvJ-EU, arrest 10 juli 2014, C—213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA ; HvJ-EU, arrest 11 juli 2013, C-576/10, Commissie Nederland

6 Eind 2017 heeft de XIIe kamer van de Raad van State twee interessante arresten gewezen (30/11/2017) die de overdracht van zakelijke rechten op grond tussen een overheidsbedrijf en privé-investeerders herkwalificeerden als overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, aangezien de privé-investeerders de opdracht kregen nieuwe woningen en handelswijken op de overgedragen grond te bouwen. De Raad van State is van mening dat de publieke onderneming zich niet beperkte tot een eenvoudige overdracht van zakelijke rechten, met inbegrip van algemene stedenbouwkundige belastingen, maar in feite verzocht dat de private partner in verschillende specifieke technische en financiële behoeften zou voorzien. (Zie pagina's 12 e.v. van arrest nr. 240.043). In het tweede arrest (arrest nr. 240.044) verwierp de Raad van State het argument van het overheidsbedrijf dat het feit dat de eigendom van de gebouwde gebouwen niet aan het overheidsbedrijf in kwestie was overgedragen, volstond om te oordelen dat er geen sprake was van een opdracht.

7 P. NIHOUL, Eléments de droit public de l'économie, Larcier, 2017, p.122.

8 Als de transactie aangegaan wordt met een investeerder die geen publieke of private professionele ondernemer is, maar een particulier of een groep particulieren die uitsluitend als doel heeft de gecreëerde woning(en) persoonlijk te bewonen, dan wordt deze laatste voorwaarde als niet vervuld beschouwd. Zie punt 7.

9 F. VISEUR en S. BEN MESSAOUD, Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1<sup>er</sup> juillet 2013, Larcier, 2013, p. 202.

10 CJUE 18 janvier 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, n° 47-48 et CJUE 25 mars 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt fur Immobilienauflagen, n°53.

11 Ce montant révisable tous les deux ans est actuellement de 144.000 EUR HTVA

12 Ce montant révisable tous les deux ans est actuellement de 5.548.000 EUR HTVA

13 L'article 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise que « le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajouté, estimé par le pouvoir adjudicateur » y compris toute forme d'option éventuelle et les éventuelles reconductions des contrats, explicitement mentionnées dans les documents de marché. En outre, ce montant payable n'implique pas nécessairement le paiement d'une somme d'argent, pourvu que le pouvoir adjudicateur accorde à l'adjudicataire une contrepartie évaluable en argent. Il n'implique pas non plus qu'il soit payé directement par le pouvoir. De plus, il n'est pas nécessaire que l'opérateur économique soit rémunéré, fût-ce en partie, par le pouvoir adjudicateur, pour qualifier un contrat de marché public. Dans le cadre des opérations « investisseurs », l'opérateur économique est rémunéré, d'une part, par le droit conventionnel d'acquérir un terrain ou un bâtiment à un prix nettement inférieur à sa valeur vénale et par le droit de vendre et/ou de louer les logements ou espaces commerciaux qu'il y construit ou rénove (cf. Rapport de Bruno Lombaert, Auditeur au Conseil d'Etat, n° 115.098VI-16.195).

14 Voir les articles 38 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

15 Nous pensons en particulier aux clauses de réexamen au sens des articles 38 et 37/7 à 37/12 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Par exemple, en cas d'opération « investisseurs » impliquant une cession de droit d'emphytéose, l'obligation de réviser au terme de la vingt-cinquième année, le canon annuel en application de l'article 43, § 1er, alinéa 2 AGRBC CQD devra faire l'objet d'une clause de réexamen claire, précise et univoque au sens de l'article 38 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics

16 Cfr notamment, Conclusions de l'avocat-général WATHELET du 11 avril 2013, affaire C—576/10, Commission européenne /Pays-Bas, points 151 et suivants.

17 Cfr. art. 34, 1<sup>er</sup> alinéa, 4<sup>e</sup> de l'AGRBC CQD

18 Cfr. Circulaire du 22 décembre 2015 relative à l'acquisition ou l'aliénation d'un droit de propriété ou de droits réels relatifs aux biens immeubles.

10 HvJ-EU, 18 januari 2007, C-220/05, Auroux / Roanne, nr. 47-48 en HvJ-EU, 25 maart 2010, C-451/08, Müller / Bundesanstalt fur Immobilienauflagen, nr. 53.

11 Dit bedrag dat om de twee jaren herzien wordt, bedraagt momenteel 144.000 EUR excl. btw

12 Dit bedrag dat om de twee jaren herzien wordt, bedraagt momenteel 5.548.000 EUR excl. btw

13 Artikel 7 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 bepaalt dat “de geraamde waarde van een opdracht wordt berekend op basis van het totaal te betalen bedrag, zonder belasting over de toegevoegde waarde, zoals geraamd door de aanbestedende entiteit” met inbegrip van alle explicet in de opdrachtdocumenten vermelde mogelijke opties en eventuele contractverlengingen. Bovendien houdt dit te betalen bedrag niet noodzakelijk de betaling in van een geldsom, voor zover de aanbestedende overheid de opdrachtnemer een in geld te ramen tegenprestatie toekent. Evenmin betekent dit dat de opdrachtnemer rechtstreeks door de aanbestedende overheid betaald wordt. Bovendien hoeft de ondernemer niet noodzakelijk, al was het maar gedeeltelijk, vergoed te worden door de aanbestedende overheid om een overeenkomst tot overheidsopdracht te maken. In het kader van de investeerdersoperaties wordt de ondernemer enerzijds vergoed door het conventioneel recht een terrein of gebouw aan te kopen aan een prijs die beduidend lager is dan de verkoopwaarde en door het recht de woningen of commerciële ruimten die hij er bouwt of renoveert te verkopen en/of te verhuren (cf. Verslag van Bruno Lombaert, Auditeur bij de Raad van State, nr. 115.098VI-16.195).

14 Zie de artikelen 38 en volgende van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten

15 We denken daarbij in het bijzonder aan de herzieningsclausules in de zin van de artikelen 38 en 37/7 tot 37/12 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013. Wanneer de investeerdersoperatie bijvoorbeeld de overdracht van een erfgoedrecht impliceert, zal in toepassing van artikel 43, § 1, tweede lid BBHR DWC de verplichting om na afloop van het vijftigstigste jaar de jaarlijkse erfgoedrente te herzien het voorwerp moeten uitmaken van een duidelijke, nauwkeurige en eenduidige herzieningsclausule in de zin van artikel 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten

16 Zie meer bepaald de Conclusies van advocaat-generaal WATHELET van 11 april 2013, zaak C—576/10, Europese Commissie /Nederland, punten 151 en volgende

17 Zie art. 34, eerste lid, 4<sup>e</sup> BBHR DWC

18 Zie de Omzendbrief van 22 december 2015 betreffende de verwerving of vervreemding van een eigendomsrecht of van zakelijke rechten op onroerende goederen.

## REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

[C – 2019/10071]

**3 JANVIER 2019. — Bruxelles Environnement. — Avis. — Indexation du montant de la taxe sur l'incinération des déchets, fixé à l'article 40 de l'Ordonnance du 14 juin 2012 relative aux déchets**

En application de l'article 42 de l'Ordonnance du 14 juin 2012 relative aux déchets, le montant de cette taxe a été adapté à partir du 1<sup>er</sup> janvier de cette année à l'évolution de l'indice des prix à la consommation du Royaume, en fonction du coefficient qui est obtenu en divisant la moyenne des indices des prix de l'année qui précède l'année comprenant la période de déclaration par la moyenne des indices des prix de l'année 2013.

Ce montant est fixé pour l'année 2019 à 6,43 euros.

Avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2019.

Ce montant a été calculé de la manière suivante : (moyenne des indices des prix de l'année qui précède l'année comprenant la période de déclaration divisé par la moyenne des indices des prix de l'année 2013) multiplié par le montant repris à l'article 40 de l'ordonnance susmentionnée.

Calcul :

Indice moyen année 2018 = 107,24

Indice moyen de l'année 2013 = 100

6 euros x (107,24/100) = 6,43 euros

Le Directeur général,  
F. FONTAINE

## BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

[C – 2019/10071]

**3 JANUARI 2019. — Leefmilieu Brussel. — Bericht. — Indexering van het bedrag van de belasting op het verbranden van afvalstoffen vastgelegd door artikel 40 van de Ordonnantie van 14 juni 2012 betreffende afvalstoffen**

Met toepassing van artikel 42 van de Ordonnantie van 14 juni 2012 betreffende afvalstoffen, is het bedrag van deze belasting met ingang van 1 januari van dit jaar aangepast aan de evolutie van het indexcijfer van de consumptieprijs van het Rijk, aan de hand van de coëfficiënt die verkregen wordt door het gemiddelde van de prijsindexen van het jaar voorafgaand aan het jaar van de aangifteperiode door de prijsindexen van het jaar 2013 te delen.

Dit bedrag is voor het jaar 2019 vastgesteld op 6,43 euro.

Met ingang van 1 januari 2019.

Dit bedrag is berekend op de volgende wijze: (gemiddelde van de prijsindexen van het jaar voorafgaand aan het jaar van de aangifteperiode gedeeld door de prijsindexen van het jaar 2013) vermenigvuldigd met het in artikel 40 van de voornoemde ordonnantie opgenomenbedrag.

Berekening:

Gemiddelde van de prijsindexen van het jaar 2018 = 107,24

Gemiddelde van de prijsindexen van het jaar 2013 = 100

6 euro x (107,24/100) = 6,43 euro

De directeur-generaal,  
F. FONTAINE