

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 238.740 van 30 juni 2017
in de zaak A. 219.067/XII-8132**

In zake: de NV PLAYGROUNDS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 235
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Butenaerts
kantoor houdend te 1080 Brussel
Leopold II-laan 180
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. Het beroep, ingesteld op 20 april 2016, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van de Minister van Mobiliteit en Openbare Werken van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van onbekende datum waarbij de erkenning van [de nv Playgrounds] als aannemer klasse 1 wordt geweigerd en ingetrokken”.

II. Verloop van de rechtspleging

Bij arrest nr. 235.329 van 4 juli 2016 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij en de verzoekende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juni 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Philippe Van Wesemael, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Butenaerts die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij is actief in de ontwikkeling van sport- en ontspanningsterreinen. Sinds 2010 is zij bij toepassing van de wet van 20 maart 1991 ‘houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: de wet van 20 maart 1991) erkend als aannemer van werken, klasse 1, categorie G3 ‘Beplantingen’ en G4 ‘Speciale bekledingen voor sportvelden’.

3.2. Met een ter post aangetekende brief van 23 juni 2015 van de Federale Overheidsdienst Economie wordt aan de verzoekende partij medegedeeld dat haar erkenning als aannemer klasse 1 wordt herzien.

Deze individuele herziening van de erkenning vindt plaats met toepassing van artikel 18, §3, 1°, van de wet van 20 maart 1991, dat bepaalt dat tot herziening van alle erkenningen van een aannemer wordt overgegaan “1° om de vijf jaar en voor het eerst na een periode van vijf jaar te rekenen van het verkrijgen van de eerste erkenning”.

3.3. Ter zitting van 24 november 2015 van de Commissie voor Erkenning der Aannemers (hierna: de Commissie) adviseert de Commissie de erkenning van de verzoekende partij vervallen te verklaren.

Bij aangetekende brief van 16 december 2015 stelt de Commissie de verzoekende partij in kennis van haar advies aan de verwerende partij om haar erkenning als aannemer klasse 1 vervallen te verklaren.

Hierop bezorgt de verzoekende partij bij aangetekende brief van 14 januari 2016 een aantal bijkomende gegevens en documenten aan de Commissie.

Op 26 januari 2016 beslist de Commissie haar advies van 24 november 2015 te handhaven.

3.4. Op 16 februari 2016 beslist de verwerende partij om de erkenning van de verzoekende partij als aannemer klasse 1 vervallen te verklaren.

Hierbij wordt gemotiveerd dat de minister akkoord gaat met het ongunstig advies van de Commissie waarin wordt gesteld dat zij op grond van de balans per 30 juni 2015 vaststelt dat de eigen middelen van de verzoekende partij ten belope van 903.171 euro negatief zijn. Voorts overweegt de Commissie dat,

gelet op het feit dat de verzoekende partij zelfs niet meer beschikt over het noodzakelijke bedrag voor de oprichting van een bvba, zij niet mag worden beschouwd als een aannemer van werken die mag worden erkend in de zin van de wet van 20 maart 1991. De Commissie verwijst hierbij naar het arrest nr. 47.941 van 14 juni 1994 van de Raad van State.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Bij aangetekend schrijven van 22 februari 2016 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van deze beslissing.

IV. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4, §§ 1 en 2, 8, § 2, en 18 van de wet van 20 maart 1991, van artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 ‘tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken’ (hierna: het koninklijk besluit van 26 september 1991), van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, van de materiële-motiveringsplicht en van het zorgvuldigheidsbeginsel:

“Doordat verwerende partij beslist om aan beroepster geen nieuwe erkenning klasse 1 te verlenen om de eenvoudige reden dat het eigen vermogen van de vennootschap op de balans van 30 juni 2015 een negatief karakter vertoont,

Terwijl uit de toepasselijke wettelijke bepalingen volgt dat verwerende partij bij de beoordeling of aan beroepster al dan niet een erkenning klasse 1 kan worden verleend, geen rekening mag of kan houden met de financiële en economische draagkracht,

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen van behoorlijk bestuur zonder meer schendt.”

In de toelichting bij het middel laat de verzoekende partij gelden dat haar de erkenning wordt geweigerd omdat zij een negatief eigen vermogen heeft; “verwerende partij verwijst simpelweg naar de financiële en economische draagkracht van beroepster om de erkenning in te trekken en te weigeren”.

In artikel 4 van de wet van 20 maart 1991 zijn de erkenningsvoorwaarden opgenomen; uit artikel 8 van de wet valt uitdrukkelijk af te leiden dat de voorwaarde vermeld in artikel 4, § 1, 6°, inzake het hebben van voldoende financiële economische draagkracht niet van toepassing is op erkenning klasse 1. De verwerende partij mag zich dan ook niet op die voorwaarde beroepen aangezien de verzoekende partij een erkenning klasse 1 nastreeft. De verwerende partij kan niet ontkennen dat de beoordeling van het eigen vermogen kadert in dit criterium.

De verzoekende partij verwijst ook naar artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991. In dat artikel worden de minimumbedragen aan eigen vermogen bepaald voor de beoordeling van de financiële en economische draagkracht van de aanvragers; er wordt enkel in een minimum voorzien vanaf klasse 2 en hoger, niet voor klasse 1.

Ten slotte stelt de verzoekende partij de verwijzing in de motivering door de verwerende partij naar het arrest nr. 47.941 niet te begrijpen. In dit arrest situeerde het probleem zich bij een aanvraag tot erkenning door een onderneming die zelf geen werken uitvoerde doch dit door derden liet doen; de Raad oordeelde dat het begrip aannemer in het kader van de wet van 20 maart 1991 betrekking heeft op diegene die in staat wordt geacht die categorie of ondercategorie van werken waarvoor de erkenning wordt gevraagd, zelf uit te voeren en niet te laten uitvoeren door anderen. “Beroepster ziet werkelijk niet in wat de in dit arrest behandelde problematiek te maken heeft met haar erkenning.”

5. De verwerende partij merkt in de eerste plaats op dat het motief van de weigering van de erkenning niet te vinden is in “de voorwaarden inzake financiële en economische draagkracht – artikel 4 erkenningswet – of eigen

vermogen – artikel 10 van het KB van 26 september 1991”. De bestreden beslissing is volgens haar “enkel gesteund op het motief dat het negatief eigen vermogen – waarvan het bestaan en de omvang niet door verzoekende partij worden betwist – de onderneming in een juridische situatie plaatst waarbij niet alleen elke belanghebbende de ontbinding van de onderneming kan vorderen cfr. procedure voorzien in Wetboek van Vennootschappen, maar zij ook niet kan beschouwd worden als een aannemer van werken die erkend kan worden in de zin van de Wet van 20 maart 1991, rekening houdende met de *ratio legis*, het opzet en de doelstellingen ervan”. Het is in die context dat het begrip aannemer van werken zoals omschreven in het arrest nr. 47.941 van belang is. De erkenningsreglementering gaat om het toekennen van een kwaliteitslabel. “Het begrip ‘aannemer van werken’ binnen het raam van de erkenningsreglementering heeft aldus betrekking op diegene die technisch en financieel in staat wordt geacht die categorie of ondercategorie van werken waarvoor de erkenning wordt gevraagd uit te voeren om de overheid te garanderen dat zij solide en betrouwbaar is en in staat om de werken naar behoren uit te voeren. Gelet op het zeer aanzienlijke negatieve eigen vermogen van verzoekende partij kan zij niet meer gekwalificeerd worden als zijnde een aannemer in zin van Wet van 20 maart 1991 en kan haar geen erkenning toegekend worden.”

Voorts betwist de verwerende partij de aangevoerde schending van de formelemotiveringsplicht. In de bestreden beslissing valt duidelijk af te lezen waarom werd overgegaan tot de beslissing om de erkenning te weigeren.

Evenmin ontwaart de verwerende partij een schending van de zorgvuldigheidsplicht. Alle gegevens waarop de bestreden beslissing steunt, zijn aangebracht door de verzoekende partij zelf zodat er geen reden was voor de verwerende partij om deze gegevens op hun waarachtigheid te verifiëren.

6. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij dat de bestreden beslissing wel degelijk is gesteund “op de financieel economische draagkracht van de vennootschap, te weten het (negatief) eigen

vermogen”. Het loutere feit dat niet wordt verwezen naar de wetsbepalingen is irrelevant. In artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 wordt trouwens uitdrukkelijk gesteld dat “om de financiële en economische draagkracht van de aannemers te beoordelen, wordt rekening gehouden met: 1° het eigen vermogen”.

Dat de verzoekende partij als aanvrager erkenning klasse 1 aan een bepaalde financiële en economische draagkracht moet voldoen, wordt tegengesproken door artikel 4, § 1, en 8, § 2, van de wet van 20 maart 1991. De Raad van State heeft dit trouwens al uitdrukkelijk in een arrest bevestigd. Ook valt dit af te leiden uit de voorbereidende werken van die wet waaruit blijkt dat een amendement waarmee werd beoogd toch een voorwaarde inzake financiële en economische draagkracht van toepassing te maken op de erkenning klasse 1, in de Kamer werd verworpen.

7. Na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag benadrukt de verwerende partij in haar laatste memorie opnieuw dat de bestreden beslissing noch het advies van de Commissie gesteund is op de voorwaarden inzake financiële en economische draagkracht of eigen vermogen. “Het wordt immers niet betwist dat bij de beoordeling van de voorwaarden in het kader van een erkenning klasse 1 het al dan niet hebben van een voldoende financiële draagkracht geen beoordelingscriterium is.” Een negatief eigen vermogen kan wel een autonome grond vormen om een erkenning klasse 1 te weigeren. “De bestreden beslissing is immers enkel gesteund op het motief dat het negatief eigen vermogen – waarvan het bestaan en de omvang niet door verzoekster worden betwist – de onderneming in een juridische situatie plaatst waarbij niet alleen elke belanghebbende de ontbinding van de onderneming kan vorderen [...] maar zij ook niet kan beschouwd worden als een aannemer van werken die erkend kan worden in de zin van de wet van 20 maart 1991, rekening houdende met de *ratio legis*, het opzet en de doelstellingen ervan.” “Het volgen van de stelling van verzoekster en het Auditoraat is ongerijmd en kan als resultaat hebben dat alle aannemers met een negatief eigen vermogen erkend zouden kunnen worden, waardoor de

aanbestedende overheid geen enkele waarborg of vertrouwen uit de erkenning zouden kunnen putten – integendeel de lijst van erkende aannemers zou dan een lijst van aannemers zijn met ernstige financiële problemen.” De minimum-kapitaalvereiste is een aspect van algemeen belang. “Indien de openbare orde vereist dat een dergelijke onderneming [met een nettoactief beneden het wettelijk minimumvermogen] uit het rechtsverkeer dient geweerd te worden, is het uiteraard onmogelijk een erkenning te verlenen.” “Gelet op het zeer aanzienlijke negatieve eigen vermogen van verzoekster kan zij niet meer gekwalificeerd worden als zijn een aannemer van werken in zin van de wet van 20 maart 1991 en kan haar geen erkenning toegekend worden.”

8. De verzoekende partij laat in haar laatste memorie gelden dat het enige motief waar de bestreden beslissing op steunt, het negatief eigen vermogen is. Dit gaat om artikel 4 van de wet van 20 maart 1991 en artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991. Dat “het negatief eigen vermogen” een autonome erkenningsgrond zou uitmaken, kan niet, aangezien de verwerende partij dan eigenmachtig een criterium toevoegt. De parlementaire voorbereiding van de wet van 20 maart 1991 geeft de verwerende partij ongelijk. De uiteenzetting van de verwerende partij inzake de vennootschapsrechtelijke gevolgen van het feit dat een onderneming te kampen heeft met een negatief eigen vermogen, is irrelevant.

Beoordeling

9.1. Artikel 8, § 2, van de wet van 20 maart 1991 luidt:

“De erkenning in de laagste klasse wordt door (de Gewestregering), na advies van de Commissie, verleend aan de aannemer die erom verzoekt en het bewijs levert dat hij aan de voorwaarden voldoet bedoeld in artikel 4, § 1, 1°, 2°, 3°, 4° en 7°.”

Artikel 4, § 1, van deze wet luidt:

“§ 1. Om een erkenning te verkrijgen moet een aannemer voldoen aan de volgende voorwaarden:

1° van Belgische nationaliteit zijn of uit hoofde van nationaliteit ressorteren onder een andere Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen, en gevestigd zijn binnen deze Gemeenschappen; indien het een vennootschap betreft, moet deze opgericht zijn in overeenstemming met de Belgische wetgeving of met die van een andere Lid-Staat van de Gemeenschappen, en haar hoofdbestuur of haar hoofdvestiging binnen de Gemeenschappen hebben, of er haar maatschappelijke zetel hebben op voorwaarde dat haar werkzaamheden daadwerkelijk en duurzaam verband houden met de economie van een Lid-Staat;

2° ingeschreven zijn in het handels- of beroepsregister volgens de eisen van de wetgeving van de Lid-Staat waar hij gevestigd is;

3° a) niet in staat van faillissement of van liquidatie verkeren of geen gerechtelijke reorganisatie hebben verkregen dan wel in een soortgelijke toestand verkeren als gevolg van een gelijkaardige procedure die in een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen gelding heeft;

b) niet het voorwerp zijn van een procedure van faillietverklaring of van een gerechtelijke reorganisatie of van een andere soortgelijke procedure die voorkomt in de nationale wetten en regelingen;

4° a) niet, bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan veroordeeld zijn voor:

- deelname aan een criminele organisatie als bedoeld in artikel 324*bis*, van het Strafwetboek;

- omkoping als bedoeld in artikel 3 van het besluit van de Raad van 26 mei 1997 en in artikel 246 van het Strafwetboek;

- fraude als bedoeld in artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap goedgekeurd door de wet van 17 februari 2002;

- terroristisch misdrijf of strafbaar feit in verband met terroristische activiteiten als bedoeld in de artikelen 137 en volgende van het Strafwetboek;

- witwassen van geld als bedoeld in artikel 3 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme;

- elk ander misdrijf dat door zijn aard de beroepsmoraal van de aannemer aantast.

b) niet uitgesloten zijn van overheidsopdrachten op basis van artikel 19, § 3, van deze wet;

5° over voldoende technische bekwaamheid beschikken;

6° voldoende financiële en economische draagkracht hebben;

7° aan zijn sociale en fiscale verplichtingen voldaan hebben.”

Artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991

luit:

“§ 1. Om de financiële en economische draagkracht van de aannemers te beoordelen, wordt rekening gehouden met:

1° het eigen vermogen en in het geval van de herziening bedoeld in artikel 18 van de wet van 20 maart 1991 eveneens de solvabiliteitsratio;
2° de totale omzet aan werken tijdens drie van de jongste acht jaren.”

9.2. Uit de bestreden beslissing, die steunt op het advies van de Commissie, blijkt dat het enig motief van deze beslissing om de verzoekende partij de erkenning klasse 1 te weigeren, het negatief eigen vermogen van de verzoekende partij is. Er mag redelijkerwijze worden aangenomen dat dit motief samenvalt met het geval voorzien in het kader van artikel 4, § 1, 6°, van de wet van 20 maart 1991 zoals uitgevoerd in artikel 10 van het koninklijk besluit van 26 september 1991. Er is dan ook geen sprake van een autonome grond inzake eigen vermogen naast dit artikel 4, § 1, 6°.

Zoals bepaald in artikel 8, § 2, van de wet van 20 maart 1991 mag artikel 4, § 1, 6°, van de wet geen toetssteen zijn die bij de beoordeling van de erkenning wordt betrokken.

Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 16 februari 2016 van de minister van Mobiliteit en Openbare Werken van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest tot vervallenverklaring van de erkenning klasse 1 van de nv Playgrounds.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 juni 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest