Landemeulebroeke

KONINKRIJK BELGIE.

ROYAUME DE BELGIQUE.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, achtste kamer, op 12 december 1988 door de Minister van Openbare Werken verzocht haar van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 9 augustus 1982 tot vaststelling van de toepassingsmaatregelen van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers", heeft op 16 december 1988 het volgend advies gegeven :

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, huitième chambre, saisi par le Ministre des Travaux publics, le 12 décembre 1988, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 9 août 1982 fixant les mesures d'application de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs", a donné le 16 décembre 1988 l'avis suivant :

1. Gelet op de korte termijn welke hem voor het geven van zijn advies wordt toegemeten, beschouwt de Raad van State de adviesaanvraag als ingediend met toepassing van artikel 84 van de gecoördineerde wetten van 12 januari 1973.

2. De wijzigingen welke het voor advies voorgelegde ontwerp-besluit beoogt aan te brengen in het koninklijk besluit van 9 augustus 1982 tot vaststelling van de toepassingsmaatregelen van de besluitwet van 3 februari 1947 houdende regeling van de erkenning der aannemers, komen neer op wat volgt :

- de Commissie voor Erkenning (hierna : "de Commissie" genoemd) wordt uitdrukkelijk gemachtigd om de procedure tot wijziging van de erkenning van een aannemer op gang te brengen, wanneer zij, op grond van door de betrokken aannemer meegedeelde inlichtingen, van oordeel is dat "de toestand van de aannemer zodanig veranderd is dat zij haar vroegere voordracht dient te herzien" (artikel 1 van het ontwerp, dat een artikel 4bis invoegt in het koninklijk besluit van 9 augustus 1982);

- de in artikel 13, § 3, van het koninklijk besluit van 9 augustus 1982 bedoelde inlichtingen met betrekking tot de toestand van de aannemers inzake sociale zekerheid, zullen door de Minister van Openbare Werken worden opgevraagd, en niet langer door de Commissie (artikel 2 van het ontwerp);

- de Minister van Openbare Werken wordt gemachtigd om de procedure in te zetten met het oog op het opleggen van de klasseverlaging of de schorsing van de erkenning, "wanneer uit officiële publicaties of administratieve of gerechtelijke mededelingen blijkt dat een erkende aannemer de in artikel 5, tweede lid, van de besluitwet van 3 februari 1947 voorgeschreven verplichting niet is nagekomen", d.i. de verplichting om iedere wijziging mee te delen die van zulke aard is dat de Commissie haar vroegere voordracht zou moeten herzien (artikel 3 van het ontwerp, dat aan artikel 13 van het koninklijk besluit van 9 augustus 1982 een paragraaf 4 toevoegt).

3.1. Voorontwerpen van wet of decreet en ontwerpen van reglementaire besluiten kunnen slechts met toepassing van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State aan de afdeling wetgeving worden voorgelegd nadat ze alle achtereenvolgende stadia van de administratieve voorbereiding ervan hebben doorgemaakt - nadat m.a.w. omtrent de ontwerp-teksten de voorgeschreven raadplegingen werden gehouden, de vereiste adviezen werden ingewonnen en de opgelegde akkoorden werden verkregen en nadat de stellers van de ontwerpen de gelegenheid hebben gehad, aan de hand van de verstrekte adviezen, eventueel hun teksten aan te passen.

3.2. Wat het voorgelegde ontwerp-besluit betreft dient in dat verband te worden gewezen op de regeling vastgesteld in het koninklijk besluit van 2 augustus 1982 tot hervorming van de Commissie voor de Overheidsopdrachten.

.../...

Luidens artikel 2, § 1, van dat koninklijk besluit "legt (de Eerste Minister)(1) aan de Vaste Commissie elk voorontwerp van wet of besluit betreffende het gunnen en het uitvoeren van overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten voor advies voor".

Luidens artikel 4 is de Vaste Commissie, behalve uit vertegenwoordigers van de centrale overheid, o.m. samengesteld uit vertegenwoordigers van de Executieven van de Vlaamse Gemeenschap, het Waalse Gewest en de Franse Gemeenschap, uit drie afgevaardigden van de meest representatieve organisatie der werkgevers en één afgevaardigde van de meest representatieve vakbondsorganisatie.

De Verruimde Commissie, waaraan bij beslissing van de Vaste Commissie o.m. ieder voorontwerp als hiervoren bedoeld kan worden voorgelegd, omvat bovendien o.m. een afgevaardigde van de Hoge Raad voor de Middenstand, een afgevaardigde van de Nationale Centrale voor metaal-, hout- en bouwvakondernemingen en een afgevaardigde van het Algemeen Christelijk Vakverbond, het Algemeen Belgisch Vakverbond en de Algemene Centrale der Liberale Vakbonden van België.

3.3. De besluitwet van 3 februari 1947 en haar uitvoeringsbesluiten vormen ongetwijfeld een onderdeel van de regeling inzake het gunnen en het uitvoeren van overheidsopdrachten.

.../...

---

(1) Artikel 1 van het koninklijk besluit van 2 augustus 1982 bepaalt dat de Commissie voor de Overheidsopdrachten bij de Diensten van de Eerste Minister wordt opgericht en dat ze is samengesteld uit een Vaste Commissie en uit een Verruimde Commissie.

Het ontwerp-besluit moet derhalve, overeenkomstig artikel 2, § 1, van het koninklijk besluit van 2 augustus 1982, voor advies worden voorgelegd aan de Commissie voor de Overheidsopdrachten, net zoals dat overigens gebeurd is met het koninklijk besluit van 9 augustus 1982, waarvan het ontwerp de wijziging beoogt.

De door het koninklijk besluit van 2 augustus 1982 opgelegde verplichting (1) om de Commissie voor de Overheidsopdrachten te raadplegen, blijkt bovendien, rekening gehouden met de samenstelling van zowel de Vaste als de Verruimde Commissie, verder te reiken dan het bevorderen van de behoorlijke interne werking van de administratie; ze blijkt, meer bepaald, o.m. de belangen van de betrokken bedrijfstak op het oog te hebben. Het gaat m.a.w. om een substantieel vormvoorschrift, waarvan de niet-naleving de onrechtmatigheid van het ontworpen besluit tot gevolg zou hebben.

4. Niet alleen op grond van de niet-naleving van het hiervoren bedoelde substantiële vormvoorschrift zou de ontworpen regeling als onwettig moeten worden aangemerkt, ze kan bovendien - naar de inhoud - bezwaarlijk worden geacht in overeenstemming te zijn met de besluitwet van 3 februari 1947, zoals blijkt uit wat volgt.

.../...

---

(1) De formele tekst van artikel 2, § 1, laat er geen twijfel over bestaan dat het inderdaad gaat om een verplichte raadpleging.

4.1. In het bij het ontwerp gevoegde verslag aan de Koning wordt het volgende gesteld :

> "Het hoofddoel (van de ontworpen bepalingen) is een basisprincipe van de erkenningsregeling, dat reeds is bevestigd bij artikel 5 van de besluitwet van 3 februari 1947, te beklemtonen. De aannemer moet niet alleen op het ogenblik dat de erkenning wordt verleend maar ook bij aanhoudendheid (sic) na de toekenning ervan voldoen aan de gestelde voorwaarden in de reglementering inzake erkenning (met inbegrip van de klasseverhogingen, uitbreidingen, verlengingen van de voorlopige erkenning).
>
> Het aan de aannemer afgegeven getuigschrift houdende zijn erkenning is inderdaad niet voor altijd geldig.
>
> Dit principe is van wezenlijk belang, zowel voor de inschrijvers - ten einde concurrentievervalsing te voorkomen - als voor de opdrachtgevers met het oog op het behoud van de bij de erkenning beoogde garanties".

4.2. Met de in de besluitwet van 3 februari 1947 opgenomen erkenningsregeling werd, zoals blijkt uit het verslag aan de Regent (1), bedoeld een "ongebreidelde concurrentie" voor de toewijzing van overheidsopdrachten te vermijden en de mededinging te beperken tot aannemers die zodanige financiële en technische waarborgen bieden dat mag worden verwacht dat ze de hun toevertrouwde opdrachten tot een goed einde kunnen brengen.

.../...

---

(1) Belgisch Staatsblad 12 februari 1947, pp. 1456 tot 1458.

Opdat de erkenning effectief voor de opdrachtgevers de garantie zou inhouden dat ze uitsluitend te maken krijgen met bekwame en solvabele aannemers, zou de erkenningsregeling zó moeten zijn opgevat dat de met het verlenen van de erkenning belaste organen de mogelijkheid hebben om de aan een aannemer verleende erkenning aan te passen - inzonderheid een klasseverlaging op te leggen - telkens zij er kennis van krijgen dat zich in de situatie van de betrokkene een wijziging heeft voorgedaan die van determinerende invloed is op zijn erkenning.

Hoewel bepalingen als inzonderheid artikelen 5, tweede lid, en 6, § 4, van de besluitwet (1) er blijkbaar toe strekken informatie als hiervoren bedoeld ter kennis te brengen van de Commissie voor Erkenning, ontbreekt in de besluitwet echter iedere regeling die het de Commissie mogelijk maakt, op grond van de aldus ontvangen informatie, de procedure in te zetten die eventueel tot bijvoorbeeld een klasseverlaging van een aannemer zou kunnen leiden.

.../...

---

(1) Luidens het tweede lid van artikel 5 zijn de erkende aannemers ertoe gehouden aan de Commissie iedere wijziging mee te delen die van zulke aard is dat de Commissie haar vroegere voordracht zou moeten herzien.

Anderzijds legt artikel 6, § 4, aan de opdrachtgevers de verplichting op, bij het beëindigen van een opdracht voor aanneming van werken, aan de Commissie een attest over te maken waarin de wijze wordt vermeld waarop de aannemer zich heeft gedragen gedurende de uitvoering van de opdracht.

Een procedure tot klasseverlaging of schorsing van de erkenning of tot intrekking van de erkenning kan, blijkens artikel 6, §§ 1 tot 3, van de besluitwet, slechts worden ingezet wanneer een publiekrechtelijk opdrachtgever bij de Commissie een "dossier" indient waarbij aan een aannemer "enigerlei schuld ten laste wordt gelegd".

Op die lacune in de erkenningsregeling heeft de afdeling administratie van de Raad van State o.m. gewezen in het arrest ROUAN, nr. 28.249, van 26 juni 1987, waar de Raad overwoog "dat de Erkenningscommissie door de wetgever niet uitdrukkelijk belast is met een permanent of periodiek toezicht op de erkende aannemers om na te gaan of de erkende aannemers nog altijd aan de voorwaarden voldoen en alsdan te beslissen tot het voorstellen aan de Minister van een klasseverlaging of een schorsing van de erkenning" en dat "de Erkenningscommissie op onwettelijke wijze tot haar voorstel (tot klasseverlaging) is gekomen" wanneer de procedure "ingezet werd door de Erkenningscommissie zelf".

In een advies van 9 maart 1988 aan de Minister van Openbare Werken (A. 38.023/III-9-1059) heeft de afdeling administratie een zelfde standpunt ingenomen en benadrukt dat de gegevens welke aan de Commissie worden overgemaakt overeenkomstig de artikelen 5, tweede lid, en 6, § 4, van de besluitwet, niet meer zijn dan "un ensemble

.../...

d'informations où elle puisera les éléments qui lui permettront de donner un avis documenté au Ministre lorsqu'il le lui demandera" (1).

4.3. Uit het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat het ontwerp-besluit geen rechtsgrond vindt in de besluitwet van 3 februari 1947, in zoverre het ertoe strekt het koninklijk besluit van 9 augustus 1982 aan te vullen met regelingen die in werkelijkheid beogen de in de besluitwet vastgestelde leemten op te vullen.

---

(1) Wat het bepaalde in artikel 6, § 4, van de besluitwet betreft, vindt die opvatting steun in de parlementaire voorbereiding van die bepaling : in de memorie van toelichting (Parl. St., Senaat, nr. 723 (1975-1976) Nr. 1, blz. 38) werd inderdaad gesteld dat de Erkenningscommissie "geen initiatiefrecht of onderzoeksrecht ter zake bezit" en dat de verstrekte informatie zal meebrengen dat "elke aannemer die een erkenning vraagt, zich beter (zal) beoordeeld zien dan in het verleden ...".

1. Vu le bref délai dans lequel son avis est demandé, le Conseil d'Etat considère la demande d'avis comme ayant été introduite en application de l'article 84 des lois coordonnées du 12 janvier 1973.

2. Les modifications que le projet d'arrêté soumis à l'avis du Conseil a pour objet d'apporter à l'arrêté royal du 9 août 1982 fixant les mesures d'application de l'arrêté-loi du 3 février 1947 organisant l'agréation des entrepreneurs se résument à ce qui suit :

- la Commission d'agréation (dénommée ci-après "la Commission") est expressément habilitée à entamer la procédure de modification de l'agréation d'un entrepreneur, lorsqu'elle constate, à la suite d'informations communiquées par l'entrepreneur concerné, "une modification de la situation de l'entrepreneur de nature à lui faire revoir ses propositions antérieures" (article 1er du projet, qui insère un article 4bis dans l'arrêté royal du 9 août 1982);

- les renseignements concernant la situation des entrepreneurs en matière de sécurité sociale, visés à l'article 13, § 3, de l'arrêté royal du 9 août 1982, seront recueillis par le Ministre des Travaux publics et non plus par la Commission (article 2 du projet);

.../...

- le Ministre des Travaux publics est autorisé à entamer la procédure de déclassement ou de suspension de l'agréation "lorsqu'il paraît ressortir de publications officielles ou de communications administratives ou judiciaires qu'un entrepreneur agréé aurait manqué aux obligations prévues (lire : à l'obligation prévue) à l'article 5, alinéa 2, de l'arrêté-loi du 3 février 1947", de signaler à la Commission toutes modifications qui seraient de nature à lui faire revoir ses propositions antérieures (article 3 du projet, qui ajoute un paragraphe 4 à l'article 13 de l'arrêté royal du 9 août 1982).

3.1. Les avant-projets de loi ou de décret et les projets d'arrêtés réglementaires ne peuvent être soumis à la section de législation en application de l'article 3, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat qu'après avoir parcouru tous les stades successifs de leur élaboration administrative - en d'autres termes, après que les projets de textes ont été soumis aux consultations prescrites, que les avis requis ont été recueillis et les accords imposés obtenus, et après que les rédacteurs des projets ont eu l'occasion d'adapter leurs textes, le cas échéant, sur la base des avis émis.

3.2. A cet égard, il convient de rappeler, en ce qui concerne l'arrêté en projet présentement soumis, la réglementation prévue par l'arrêté royal du 2 août 1982 réformant la Commission des Marchés publics.

.../...

Aux termes de l'article 2, § 1er, de l'arrêté royal précité, "le Premier Ministre (1) soumet à l'avis de la Commission permanente les avant-projets de loi ou d'arrêté fixant les règles de passation et d'exécution des marchés publics de travaux, de fournitures et de services".

Aux termes de l'article 4, la Commission permanente comprend, outre des représentants de l'autorité centrale, notamment des représentants des Exécutifs de la Communauté flamande, de la Région wallonne et de la Communauté française, trois délégués de l'organisation la plus représentative des employeurs et un délégué de l'organisation syndicale la plus représentative.

La Commission élargie, qui peut être saisie, par décision de la Commission permanente, notamment de tout avant-projet tel que visé ci-dessus, comprend en outre, notamment, un délégué du Conseil supérieur des Classes moyennes, un délégué de la "Nationale Centrale voor metaal-, hout- en bouwvakondernemingen" et un délégué respectivement de la Confédération des Syndicats chrétiens, de la Fédération générale du Travail de Belgique et de la Centrale générale des Syndicats libéraux de Belgique.

.../...

---

(1) L'article 1er de l'arrêté royal du 2 août 1982 dispose que la Commission des Marchés publics est instituée auprès des Services du Premier Ministre et qu'elle se compose d'une Commission permanente et d'une Commission élargie.

3.3. L'arrêté-loi du 3 février 1947 et ses arrêtés d'exécution constituent indubitablement un élément de la réglementation en matière de passation et d'exécution des marchés publics.

Il convient, dès lors, conformément à l'article 2, § 1er, de l'arrêté royal du 2 août 1982, de soumettre l'arrêté en projet à l'avis de la Commission des Marchés publics, procédure qui fut d'ailleurs suivie pour l'arrêté royal du 9 août 1982, que le projet a pour objet de modifier.

L'obligation (1) prévue par l'arrêté royal du 2 août 1982 de consulter la Commission des Marchés publics paraît d'ailleurs, eu égard à la composition tant de la Commission permanente que de la Commission élargie, relever d'une préoccupation qui va au delà de la simple promotion du bon fonctionnement interne de l'administration; elle paraît plus particulièrement avoir en vue, entre autres, les intérêts du secteur professionnel concerné. En d'autres termes, il s'agit d'une formalité substantielle dont l'inobservation entraînerait l'illégalité de l'arrêté en projet.

4. Ce n'est pas seulement en raison de l'inobservation de la formalité substantielle visée ci-dessus que la réglementation en projet devrait être tenue pour illégale. C'est aussi parce que, du point de vue du contenu, elle ne peut guère être jugée conforme à l'arrêté-loi du 3 février 1947, ainsi qu'il apparaîtra de ce qui suit.

.../...

---

(1) Le texte formel de l'article 2, § 1er, ne laisse subsister aucun doute sur le fait qu'il s'agit effectivement d'une consultation obligatoire.

4.1. Le rapport au Roi joint au projet déclare ce qui suit :

"Le but important (des dispositions en projet) est de mettre l'accent sur un principe fondamental du régime d'agréation déjà consacré par l'article 5 de l'arrêté-loi du 3 février 1947. Les conditions établies par la réglementation en matière d'agréation (y compris promotions, extensions, renouvellement d'agréation provisoire) doivent être remplies par l'entrepreneur non seulement au moment où celle-ci est accordée mais encore de manière constante après l'octroi.

Le certificat d'agréation, en effet, ne constitue pas un certificat à vie délivré à l'entrepreneur.

Ce principe est fondamental, à la fois pour les soumissionnaires - afin que l'égalité entre concurrents soit respectée - et pour les maîtres d'oeuvres afin que soient assurées les garanties que l'agréation a pour but d'octroyer".

4.2. Ainsi qu'il ressort du rapport au Régent (1), le régime d'agréation instauré par l'arrêté-loi du 3 février 1947 a pour but d'éviter une "concurrence effrénée" pour l'attribution de marchés publics et de limiter la compétition aux entrepreneurs qui offrent des garanties financières et techniques telles que l'on puisse escompter qu'ils mèneront à bonne fin les marchés qui leur sont attribués.

---

.../...

(1) Moniteur belge du 12 février 1947, pp. 1456 à 1458.

Pour que l'agréation implique effectivement la garantie, pour les maîtres d'oeuvre, qu'ils n'auront à faire qu'à des entrepreneurs qualifiés et solvables, le régime d'agréation devrait être conçu de telle sorte que les organes chargés de l'octroi de l'agréation aient la possibilité d'adapter - plus particulièrement en imposant un déclassement - l'agréation accordée à un entrepreneur toutes les fois qu'ils auront connaissance de modifications intervenues dans la situation de l'intéressé qui peuvent avoir une influence déterminante sur son agréation.

Bien que des dispositions du genre de celles, notamment, des articles 5, alinéa 2, et 6, § 4, de l'arrêté-loi (1) visent manifestement à faire porter à la connaissance de la Commission d'agréation des informations comme celles qui sont mentionnées ci-dessus, l'arrêté-loi ne comporte pas la moindre règle qui permette à la Commission d'engager, sur la base de l'information qu'elle a ainsi obtenue, une procédure pouvant aboutir, par exemple, au déclassement d'un entrepreneur.

Une procédure de déclassement ou de suspension de l'agréation ou de retrait de celle-ci ne peut être engagée, selon l'article 6, §§ 1er à 3, de l'arrêté-loi, que

.../...

---

(1) Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 5, les entrepreneurs agréés sont tenus de signaler à la Commission toutes modifications qui seraient de nature à lui faire revoir ses propositions antérieures.

D'autre part, l'article 6, § 4, impose aux maîtres d'oeuvre l'obligation, dès l'achèvement d'un marché de travaux, de faire parvenir à la Commission une attestation mentionnant la manière dont l'entrepreneur s'est comporté au cours de l'exécution du marché.

lorsqu'un maître d'oeuvre de droit public introduit auprès de la Commission un "dossier" par lequel un entrepreneur "est accusé d'une faute quelconque".

La section d'administration du Conseil d'Etat a signalé cette lacune du régime d'agréation notamment dans l'arrêt ROUAN, n° 28.249, du 26 juin 1987, où le Conseil a considéré "que la Commission d'agréation n'est pas expressément chargée par le législateur d'un contrôle permanent ou périodique des entrepreneurs agréés afin de vérifier si ceux-ci remplissent encore les conditions et de décider ensuite de proposer au Ministre un déclassement ou une suspension de l'agréation" et que "la Commission d'agréation est arrivée de manière illégale à la proposition (de déclassement)" dès lors que la procédure "a été engagée par la Commission d'agréation même".

Dans un avis du 9 mars 1988 adressé au Ministre des Travaux publics (A. 38.023/III-9-1059), la section d'administration a adopté le même point de vue et a mis l'accent sur le fait que les données transmises à la Commission conformément aux articles 5, alinéa 2, et 6, § 4, de l'arrêté-loi, ne sont "qu'un ensemble d'informations où elle puisera les éléments qui lui permettront de donner un avis documenté au Ministre lorsqu'il le lui demandera"(1).

.../...

---

(1) En ce qui concerne la disposition de l'article 6, § 4, de l'arrêté-loi, cette thèse trouve un appui dans les travaux préparatoires de ladite disposition : l'exposé des motifs (Doc. parl., Sénat, n° 723 (1975-1976) N° 1, page 38) déclare en effet que la Commission d'agréation "ne possède aucun droit d'initiative ou d'investigation en la matière" et que l'information fournie aura pour effet que "tout entreprise sollicitant une agréation se verra mieux jugée que par le passé ...".

4.3. Il y a lieu de conclure de ce qui précède que l'arrêté en projet ne trouve pas de fondement légal dans l'arrêté-loi du 3 février 1947, en ce qu'il vise à compléter l'arrêté royal du 9 août 1982 par des règles qui ont en réalité pour but de combler les lacunes constatées dans l'arrêté-loi.

---

De kamer was samengesteld uit

de Heren : P. VERMEULEN, eerste voorzitter,
Messieurs : premier président,

J. NIMMEGEERS, staatsraden,
W. DEROOVER, conseillers d'Etat,

Mevrouw : F. LIEVENS, griffier,
Madame : greffier.

De overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. W. DEROOVER.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. BAERT, adjunct-auditeur.

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par M. J. BAERT, auditeur adjoint.

DE GRIFFIER - LE GREFFIER, DE VOORZITTER - LE PRESIDENT,

F. LIEVENS. P. VERMEULEN.